

De aansprakelijkheid
van de werkgever voor
arbeidsongevallen en beroepsziekten

Vragen, opmerkingen en dergelijke worden verwelkomd door de auteur en kunnen worden gericht aan haar e-mailadres: yvonnewaterman@hotmail.com.

Omslagontwerp: Primo!Studio, Delft
Opmaak binnenwerk: Textcetera, Den Haag

© 2009 mr. Y.R.K. Waterman / Boom Juridische uitgevers

Behoudens de in of krachtens de Auteurswet gestelde uitzonderingen mag niets uit deze uitgave worden verveelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand, of openbaar gemaakt, in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotokopieën, opnamen of enige andere manier, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever.

Voor zover het maken van reprografische verveelvoudigingen uit deze uitgave is toegestaan op grond van artikel 16h Auteurswet dient men de daarvoor wettelijk verschuldigde vergoedingen te voldoen aan de Stichting Reprorecht (Postbus 3051, 2130 KB Hoofddorp, www.reprorecht.nl). Voor het overnemen van (een) gedeelte(n) uit deze uitgave in bloemlezingen, readers en andere compilatiewerken (art. 16 Auteurswet) kan men zich wenden tot de Stichting PRO (Stichting Publicatie- en Reproductierechten Organisatie, Postbus 3060, 2130 KB Hoofddorp, www.cedar.nl/pro).

No part of this book may be reproduced in any form, by print, photoprint, microfilm or any other means without written permission from the publisher.

ISBN 978-90-8974-193-6
NUR 825

www.bju.nl

De aansprakelijkheid van de werkgever voor arbeidsongevallen en beroepsziekten

Een rechtsvergelijkend onderzoek

The Employers' Liability for
Occupational Accidents and Diseases
A comparative research

PROEFSCHRIFT

ter verkrijging van de graad van doctor
aan de Erasmus Universiteit Rotterdam
op gezag
van de rector magnificus

prof. dr. H.G. Schmidt

en volgens besluit van het College voor Promoties

De openbare verdediging zal plaatsvinden op
vrijdag 13 november 2009 om 09.30 uur

door
Yvonne Rolanda Karen Waterman

geboren te Den Haag



Promotiecommissie

Promotor: prof.mr. W.H. van Boom

Overige leden: prof.mr. T. Hartlief
prof.mr.dr. S.D. Lindenberg
prof.mr. C.J. Loonstra

Dankwoord

Het is in belangrijke mate aan het beproefde geduld van mijn oorspronkelijke promotor, prof. dr. A.T.J.M. Jacobs en de doortastendheid en vriendelijkheid van mijn uiteindelijke promotor, prof. dr. W.H. van Boom, te danken dat dit proefschrift over de rechtsvergelijkende aansprakelijkheid van de werkgever voor arbeidsongevallen en beroepsziekten tot stand is gekomen. Eindelijk.

Uit mijn gehele omgeving heb ik veel steun en aanmoediging ontvangen om het proefschrift te schrijven en vooral, nadat dit nogal begon te duren, om door te zetten. Ik ben hen heel dankbaar, hoewel de alom klinkende en voortdurende vraag “Is het nu al af?” soms wel wat vermoeiend was. Een aantal personen ben ik in het bijzonder dank verschuldigd voor de totstand-koming van de diverse hoofdstukken. Zo heette prof. Johan Put mij altijd welkom in Leuven en beantwoordde steeds met grote zorgvuldigheid en naar aangenaam Belgisch gebruik al mijn vragen in het kader van de Belgische rechtsvergelijking over een Bourgondische lunch. Professor Nick Wikeley in Southampton deed hier niet voor onder; zijn waardevolle bijstand is terug te vinden in de Engelse rechtsvergelijking. Welwillende ‘sparringpartners’ voor de ontwikkeling van mijn gedachten over de toekomstige ontwikkeling van het werkgeversaansprakelijkheidsrecht zijn geweest: mr. P.A.J. Kamp (Nationale Nederlanden), jhr. mr. J.P.H. Six (Interpolis), mr. H.L. Mulder en mr. W.H. Quaadvlieg-Meijer (Verbond van Verzekeraars), dr. D. Spreeuwers (Nederlands Centrum voor Beroepsziekten), dhr. M. van der Woude (Instituut voor Asbestslachtoffers), dhr. P. Ulenbelt (Bureau Beroepsziekten FNV) en dhr. J. Uytterhoeven en dr. M. Vandeweerd, die als respectievelijk Administrateur-generaal en arts beiden verbonden zijn aan het Fonds voor de Beroepsziekten en het Asbestfonds (AFA) in Brussel. Binnen de kring van letselschadeadvocaten waren mr. dr. J.C. Snee en mr. L.E.M. Charlier mijn vaste toeverlaten.

Last but not least rest mij nog de meest belangrijke persoon in mijn leven te danken: mijn vader. Hij heeft mij in deze wetenschappelijke reis voortdurend gesteund, heeft altijd overal een verstandig antwoord op en kan vragen stellen die hemeltergend frustrerend kunnen zijn (wat meer zegt over mijn capaciteit om de vraag te beantwoorden dan over de vraag) maar immer uiterst ‘to the point’ zijn. Hij heeft mij altijd gestimuleerd om kritisch en zelfstandig te

denken en daar ben ik hem heel dankbaar voor. Wat is een juriste zonder die eigenschappen?

Wouwse Plantage, 25 augustus 2009,

Y.R.K. Waterman

Verkorte inhoudsopgave

Dankwoord	5
Lijst van gebruikte afkortingen	17
Hoofdstuk 1: Inleiding	21
DEEL I	25
Hoofdstuk 2: Het historisch perspectief: van Ongevallenwet naar WIA	27
Hoofdstuk 3: Arbeidsongevallen en beroepsziekten naar Nederlands recht	81
DEEL II	165
Hoofdstuk 4: Arbeidsongevallen en beroepsziekten naar Belgisch recht	167
Hoofdstuk 5: Arbeidsongevallen en beroepsziekten naar Engels recht	221
DEEL III	279
Hoofdstuk 6: Ontwikkelingen, verplichtingen en keuzes voor de Nederlandse wetgever	281
DEEL IV	397
Hoofdstuk 7: Een overzicht van de voorgaande hoofdstukken	399
Hoofdstuk 8: Summary	425
Bijlagen	457
– Art. 7A:1638x oud-BW	457
– Art. 7:658 BW	457
Literatuurlijst	459
Jurisprudentieregister	491
Trefwoordenregister	511

Inhoudsopgave

Dankwoord	5
Lijst van gebruikte afkortingen	17
1 Inleiding	21
1 Introductie	21
2 Het onderwerp en doel van dit proefschrift	22
3 De opbouw van dit proefschrift	22
DEEL I	25
2 Het historisch perspectief: van Ongevallenwet naar WIA	27
1 Inleiding	27
1.1 Nederland over het tijdsbestek van een eeuw: toen en nu	27
1.2 De situatie van de arbeider voor 1901	28
2 De Ongevallenwet (1901)	37
3 De civielrechtelijke aansprakelijkheid van de Nederlandse werkgever	44
3.1 De introductie van art. 7A:1638x oud-BW (1907)	44
3.2 Van 7A:1638x oud-BW naar 7:658 NBW	50
4 De WAO (1967)	52
4.1 Historische achtergrond	52
4.2 Gedeeltelijke opheffing	54
4.3 Inhoudelijk	54
4.4 Van WAO naar WIA	57
4.5 Overgangsrecht	62
5 De WIA (2006)	62
5.1 Inleiding	62
5.2 De eerste twee jaren arbeidsongeschiktheid: focus op reïntegratie	64
5.3 Wanneer twee jaren verstreken zijn	66
5.4 De werknemer met minder dan 35% loonverlies	68
5.5 De werknemer met 35-80% arbeidsgeschiktheid (WGA)	72
5.6 De werknemer met meer dan 80% loonverlies (IVA)	76
6 Conclusies	78

3	Arbidsongevallen en beroepsziekten naar Nederlands recht	81
1	In het kort – de uitgangspunten van art. 7:658 BW	81
1.1	Inleiding	81
1.2	Definities van arbeidsongeval en beroepsziekte	84
2	De uitdijende aansprakelijkheid van de werkgever	85
2.1	Inleiding	85
2.2	Een ruime uitleg van het begrip ‘werknemer’	86
2.3	Een ruime uitleg van het begrip ‘werkgever’	91
2.4	Een ruime uitleg van het begrip ‘werkplek’	92
2.5	Een ruime uitleg van het begrip ‘immateriële schade’	99
3	De zorgplicht van de werkgever nader bekeken	107
3.1	Onderzoeksplicht	107
3.2	Instructie- en toezichtplicht	113
3.3	Veiligheidsmaatregelen	117
4	Bewijsrechtelijke kwesties	123
4.1	Inleiding	123
4.2	Stelplicht, bewijslastverdeling en causaal verband	123
4.3	Ongevalsrapportage	136
5	Schade	139
5.1	Schadevergoeding: alles of niets	139
5.2	Immateriële schade	140
5.3	Proportionele aansprakelijkheid	141
6	Grenzen aan de aansprakelijkheid van de werkgever	146
6.1	Inleiding	146
6.2	Eigen schuld: opzet of bewuste roekeloosheid	146
6.3	Verjaring	154
7	Overgangsrecht	161
8	Conclusies	164
DEEL II		165
4	Arbidsongevallen en beroepsziekten naar Belgisch recht	167
1	Historische ontwikkeling	167
2	De aansprakelijkheid van de werkgever voor arbeidsongevallen	173
2.1	Inleiding	173
2.1	Uitgangspunten van de Arbidsongevallenwet	174
2.1.1	Algemene definitie van een arbeidsongeval	174
2.1.2	De vijf basisvoorwaarden van een arbeidsongeval	174
2.1.3	Het Fonds voor Arbidsongevallen	182
2.1.4	De Welzijnswet	183

2.2	Aansprakelijkheidsbeperkingen van de werkgever en zijn aangestelden	184
2.2.1	Burgerlijke immuniteit	184
2.2.2	Eigen schuld	186
2.2.3	Alledaagse risico's	187
2.2.4	Verjaring	189
2.2.5	Overmacht	190
2.3	Bewijsrechtelijke kwesties	190
2.3.1	Bewijslastverdeling	190
2.3.2	Onderscheid werklieden en bedienden	193
2.4	Reikwijdte van de Arbeidsongevallenwet	194
2.4.1	Verkeersongevallen	194
2.4.1.1	Arbeidswegongevallen	194
2.4.1.2	Verkeersongeval in de uitoefening van de arbeidsovereenkomst	199
2.4.3	De vervagende grens tussen werk en privé	200
2.5	De schadeafwikkeling	201
2.5.1	De verzekeringsplicht van de werkgever	201
2.5.2	Uitkering en financiering	201
2.5.3	De schadeafwikkelingsprocedure	202
2.5.4	Schadeposten	203
2.5.4.1	Materiële schade	203
2.5.4.2	Immateriële schade	205
2.5.5	Tijdelijke arbeidsongeschiktheid	206
2.5.6	Blijvende arbeidsongeschiktheid	208
3	Aansprakelijkheid van de werkgever voor beroepsziekten	209
3.1	De uitgangspunten van de Beroepsziektenwet	209
3.1.1	Het lijststelsel	210
3.1.2	Het open of gemengd stelsel	212
3.1.3	Het Fonds voor de Beroepsziekten	214
3.2	De schadeloosstelling	214
3.2.1	Tijdelijke arbeidsongeschiktheid	215
3.2.2	Blijvende arbeidsongeschiktheid	215
3.2.3	Stopzetting van de beroepsactiviteit	216
3.2.4	Medische voorzieningen	217
3.2.5	Verjaring	217
4	Conclusies	218

5	Arbidsongevallen en beroepsziekten naar Engels recht	221
1	Historische ontwikkeling	221
2	Positief recht	231
2.1	De begrippen tort, common law en statutory law	231
2.2	De zorgplicht van de werkgever: the duty of care	236
2.3	De basisverplichtingen van de werkgever uit hoofde van common law	239
2.3.1	Algemeen	239
2.3.2	Onderzoeksplicht	240
2.3.3	Inventarisatie en evaluatie	241
2.3.4	Maatregelen	243
2.3.5	Instructieplicht en toezichtplicht	245
2.3.6	Materiaal	248
2.4	De basisverplichtingen van de werkgever uit hoofde van statutory law	249
2.4.1	Employers' Liability (Compulsory Insurance) Act 1969	249
2.4.2	Health and Safety at Work Act 1974	254
2.4.3	Employers' Liability (Defective Equipment) Act 1969	255
3	Sociale zekerheid	256
3.1	Social Security Contributions and Benefits Act 1992	256
3.1.1	Industrial Injury Scheme	256
3.1.2	Statutory Sick Pay	260
3.1.3	Incapacity benefit	261
3.2	Particuliere aanvulling op de sociale zekerheid	263
4	Civielrechtelijke aansprakelijkheid	266
4.1	Eigen schuld	266
4.2	Schade	267
4.3	Materiële schade	268
4.4	Immateriële schade en psychisch letsel	269
5	Reikwijdte van de werkgeversaansprakelijkheid	274
5.1	Ongevallen op de openbare weg	274
5.3	Verjaring	276
6	Conclusies	277
	DEEL III	279
6	Ontwikkelingen, verplichtingen en keuzes voor de Nederlandse wetgever	281
1.	Inleiding	281
1.1	Algemeen	281

2	Uitdijende werkgeversaansprakelijkheid: oorzaken en achtergronden	282
2.1	De ontwikkeling naar moderne arbeidsrisico's	282
2.2	Aanleiding tot herbezinning: de verzekerbaarheidsdiscussie	287
2.3	Juridische ontwikkelingen	290
2.3.1	Tendens naar risicoaansprakelijkheid buiten art. 7:658 BW: verkeersongevallen	290
2.3.2	Het belang van behoorlijke verzekering	301
2.3.3	Causaliteitsonzekerheid	311
2.3.4	Retroactieve aansprakelijkheid	314
2.3.5	Sluipende schade	315
2.3.6	Psychische schade	316
2.3.7	Uitwijken naar het goed werkgeverschap	317
2.4	Ontwikkelingen in de sociale zekerheid	322
2.5	Wetenschappelijke ontwikkelingen	323
2.5.1	Algemeen	323
2.5.2	Beroepsziekten	324
2.6	Maatschappelijke ontwikkelingen	328
2.6.1	Claimcultuur	328
2.6.2	Onderrapportage en statistische gatenkaas	332
4	De reacties van verzekeraars	337
4.1	Het METRO-rapport	337
4.2	Poliswijzigingen	339
4.2.1	De loss occurrence-polis	340
4.2.2	De claims made-polis	340
5	Naar een nieuwe regeling: verplichtingen voor de wetgever	343
5.1	Inleiding: een toetsing van de WIA aan IAO-verdrag 121.	343
5.2	Verdragsrechtelijke consequenties van IAO-verdrag 121	343
5.2	Risque professionnel	345
5.3	Uitkeringshoogte en uitkeringsvoorwaarden	349
5.4	Eigen bijdrage	358
5.5	Arbeidsgerelateerde verkeersongevallen	360
5.6	Beroepsziektenlijst	363
6	Naar een nieuwe regeling: essentiële keuzes	363
6.1	Herstel van de sociale zekerheid?	363
6.2	Een Extra Garantieregeling Beroepsrisico's?	366
6.3	Betere registratie van beroepsziekten?	369
6.4	Invoering van een beroepsziektenlijst?	370
6.5	Een schadefonds?	373

6.6	Een directe verzekering?	377
6.7	Immunititeit van de werkgever?	383
6.8	Verplichte verzekering?	386
6.9	Verdere beleidsvragen	390
7	Conclusies	392
DEEL IV		397
7	Een overzicht van de voorgaande hoofdstukken	399
1	Introductie en opbouw	399
2	Hoofdstuk 2: Het historisch perspectief	400
3	Hoofdstuk 3: De aansprakelijkheid van de Nederlandse werkgever	403
4	Hoofdstuk 4: Belgisch recht	405
5	Hoofdstuk 5: Engels recht	409
6	Hoofdstuk 6: Ontwikkelingen, verplichtingen en keuzes	412
6.1	Inleiding	412
6.2	De uitdijende werkgeversaansprakelijkheid	413
6.3	Naar een nieuwe regeling	417
6.4	Essentiële keuzes	420
6.5	Een laatste overweging: het reisdoel	424
8	Summary	425
1	Introduction	425
2	The construction of this dissertation	426
3	Part I. The historical perspectives	427
3.1	Introduction	427
3.2	The Netherlands	429
3.3	Belgium	432
3.4	England	433
3.5	Conclusion	435
4	Part II. Present and comparative perspectives: social security	435
4.1	Introduction	435
4.2	The Netherlands	435
4.3	Belgium	438
4.4	England	439
4.5	Conclusion	440
5	Part III. Present and comparative perspectives: employers' liability law	441
5.1	Introduction	441
5.2	Fault liability	441
5.3	Scope of s. 7:658 CC	441

5.4	Duty of care	443
5.5	Burden of proof	443
5.6	Compensation	444
5.7	Contributory negligence	445
5.8	Limitation	445
6	Part IV. A critical look at Dutch employers' liability law and social security law	446
6.1	Introduction	446
6.2	The profound influence of traffic and commuting accidents	447
6.3	ILO Convention 121 cannot be disregarded forever	449
6.4	Some thoughts on various aspects	452
7	Conclusion	453
	Bijlagen	457
	Art. 7A:1638x oud-BW	457
	Art. 7:658 BW	457
	Literatuurlijst	459
	Jurisprudentieregister	491
	Trefwoordenregister	511

Lijst van gebruikte afkortingen

A & A	Tijdschrift voor Arbo & Aansprakelijkheid
AAe	Ars Aequi
ABI	Association of British Insurers
AC	Appeal Cases
AC	Arresten van het Hof van Cassatie
AFA	Asbestfonds
AI	Arbeid Integraal
AJT	Algemeen Juridisch Tijdschrift
All ER	All England Law Reports
A-G	Advocaat-Generaal
APIL	Association of Personal Injury Lawyers
AR	Tijdschrift ArbeidsRecht, Maandblad voor de praktijk
AR	Algemene Rol
ArA	Arbeidsrechtelijke Annotaties
Arbh.	Arbeidshof
Arbrb.	Arbeidsrechtbank
art.	artikel
artt.	artikelen
A & V	Tijdschrift voor Aansprakelijkheid & Verzekering
AVB	Aansprakelijkheidsverzekering Bedrijven
AV&S	Tijdschrift voor Aansprakelijkheid, Verzekering & Schade
a.w.	aangehaald werk
Bb	Bedrijfsjuridische berichten
BJU	Boom Juridische Uitgevers
BLD	Bulletin of Legal Developments
BMLR	British Medical Law Reports
B.S.	Belgisch Staatsblad
BTSZ	Belgisch Tijdschrift voor Sociale Zekerheid
BW	Burgerlijk Wetboek
CAO	Collectieve Arbeidsovereenkomst
Cass.	Hof van Cassatie
CBI	Confederation of British Industry
CBS	Centraal Bureau voor de Statistiek
Cmnd	Command paper
Cr App R (S)	Criminal Appeal Reports (Sentencing)
CRvB	Centrale Raad van Beroep

CSV	Coördinatiewet Sociale Verzekering
CTE	chronische toxische encephalopathie of 'schildersziekte'
d.d.	de dato
DES	diëthylstilbestrol
De Verz.	De Verzekering
e.a.	et alia
EGB	Extra Garantieregeling Beroepsziekten
EK	Eerste Kamer der Staten-Generaal
EL Act	Employers' Liability (Compulsory Insurance) Act 1998
e.v.	en volgenden
EU-OSHA	European Agency for Safety and Health at Work
EVRM	Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens
EWCA	England & Wales Court of Appeal
EWHC	England & Wales High Court
Exch	Exchequer Reports
FAO	Fonds voor Arbeidsongevallen
FBZ	Fonds voor de Beroepsziekten
FOD	Federale Overheidsdienst Werkgelegenheid, Arbeid en Sociaal Overleg
HMSO	Her Majesty's Stationery Office
HR	Hoge Raad der Nederlanden
HSE	Health & Safety Executive
IIAC	Industrial Injuries Advisory Council
IAO	Internationale Arbeidsorganisatie
IAS	Instituut Asbestslachtoffers
ICR	Industrial Cases Report
IIB	Industrial Injuries Disablement Benefit (accidents)
IIDB	Industrial Injuries Disablement Benefit (diseases and deafness)
IJS	Industrial Injuries Scheme
ILJ	Industrial Law Journal
ILO	International Labour Office
IRLR	Industrial Relations Law Reports
IRS	Industrial Relations Services
IS	Social Security Commissioner Decisions: Income Support
IVA	Regeling inkomensvoorziening volledig arbeidsongeschikten
JA	Jurisprudentie Aansprakelijkheidsrecht
JAR	Jurisprudentie Arbeidsrecht
jo.	juncto
JTT	Journal des tribunaux des travail
KB	Koninklijk Besluit
KIR	Knight's Industrial Reports
Ktr.	Kantonrechter

L & S	Letsel & Schade
LISV	Landelijk Instituut Sociale Verzekeringen
LJN	Landelijk Jurisprudentie Nummer
LR	Limburgs Rechtsleven
LR	Law Reports (1st series)
LSA	Vereniging van Letselschade Advocaten
LT	Law Times Reports
Ltd.	Limited
Macq	Macqueen's Scotch Appeal Cases
Med LR	Medical Law Review
MHSWR	Management of Health and Safety at Work Regulations 1992
MvA	Memorie van Antwoord
MvT	Memorie van Toelichting
NbBW	Nieuwsbrief BW
NCvB	Nederlands Centrum voor Beroepsziekten
NIA	Nederlands Instituut voor Arbeidsomstandigheden
NJ	Nederlandse Jurisprudentie
NJB	Nederlands Juristenblad
NLJ	New Law Journal
nr.	nummer
NTBR	Nederlands Tijdschrift voor Burgerlijk Recht
OPS	Organisch Psycho Syndroom
Oud-BW	Oud-Burgerlijk Wetboek
p.	pagina
Pas.	Pasicrisie belge
Pb.	Publicatieblad van de Europese Gemeenschappen
Pemba	Wet Premiedifferentiatie en marktwerking bij arbeidsongeschiktheids- verzekeringen
PHI	Permanent Health Insurance
PIQR	Personal Injuries and Quantum Reports
Prg.	Praktijkgids
PTSS	Posttraumatisch Stress Syndroom
QB	The Queen's Bench Reports
Rb.	Rechtbank
REA	Wet op de Reïntegratie Arbeidsgehandicapten
RIVM	Rijksinstituut voor Volksgezondheid en Milieu
RM Themis	Rechtsgeleerd Magazijn Themis
r.o.	rechtsoverweging
RoSPA	Royal Society for the Prevention of Accidents
Rpez	Regeling procesgang eerste ziektejaar
RRD	Revu Régionale de Droit
RSI	Repetitive Strain Injury

Rv	Wetboek van Rechtsvordering
RvdW	Rechtspraak van de Week
R.W.	Rechtskundig Weekblad
SER	Sociaal- Economische Raad
SI	Statutory Instruments
SJ	Solicitors' Journal
SMA	Sociaal Maandblad Arbeid; Tijdschrift over Arbeid en Sociale Zekerheid
Soc. Kron.	Sociaalrechtelijke Kronieken
Sr	Wetboek van Strafrecht
SR	Tijdschrift Sociaal Recht
SRK	Sociaalrechtelijke Kronieken
SSCBA	Social Security Contributions and Benefits Act 1992
Stb.	Staatsblad
Strcrt.	Staatscourant
Sv	Wetboek van Strafvordering
SZW	Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid
TAR	Tijdschrift voor Ambtenarenrecht
TBA	Wet terugdringing beroep op arbeidsongeschiktheidsverzekeringen
TBBR	Tijdschrift voor Burgerlijk Recht
TGR	Tijdschrift voor Gentse Rechtspraak
TK	Tweede Kamer der Staten-Generaal
TSR	Tijdschrift voor Sociaal Recht
T. Vred.	Tijdschrift van de vrede- en politierechters
TVP	Tijdschrift voor Vergoeding van Personenschade
TW	Toeslagenwet
UKHL	United Kingdom House of Lords
UWV	Uitvoeringsinstituut Werknemersverzekeringen Werkbedrijf
v.	versus
vgl.	vergelijk
VR	Verkeersrecht
VWF	Vibration White Finger
W.	Weekblad van het Recht
Wajong	Wet arbeidsongeschiktheidsvoorziening jonggehandicapten
WAO	Wet op de arbeidsongeschiktheidsverzekering
WAZ	Arbeitsongeschiktheidsverzekering zelfstandigen
WGA	Regeling werkhervatting gedeeltelijk arbeidsgeschikten
WIA	Wet werk en inkomen naar arbeidsvermogen
WLR	Weekly Law Reports
WRRSTG	Work Related Road Safety Task Group
WULBZ	Wet verlenging loondoorbetalingsverplichting bij ziekte
WvK	Wetboek van Koophandel
WW	Werkloosheidswet

1 Inleiding

1 Introductie

Het centrale thema van dit proefschrift betreft de toenemende betekenis van de aan arbeid gerelateerde letselschade (dat wil zeggen arbeidsongevallen en beroepsziekten), de daarmee gepaard gaande uitdijning van de civielrechtelijke werkgeversaansprakelijkheid en de problemen die daarmee samenhangen.

Over de periode van een eeuw heeft het werkgeversaansprakelijkheidsrecht op verrassende en boeiende wijze de maatschappelijke, juridische, technische en wetenschappelijke ontwikkelingen in de Nederlandse samenleving weerspiegeld – en doet dat nog voortdurend. Ruim honderd jaar na de ‘conceptie’ van de wettelijke werkgeversaansprakelijkheid in 1907, moet worden vastgesteld dat in de gekozen bewoordingen van het huidige artikel 7:658 BW nog in belangrijke mate de visie van de wetgever op de toenmalige arbeidsomstandigheden kan worden herkend. Dat dit heden ten dage niet tot grote problemen leidt, is met name de verdienste van de rechterlijke macht die zich in toenemende mate intensief met de voorloper van art. 7:658 BW heeft bemoeid en steeds heeft getracht om door een brede interpretatie van het artikel tot een maatschappelijk aanvaardbaar resultaat te komen dat beantwoordt aan de moderne realiteit. Art. 7:658 BW is in zoverre een boeiend, maar geenszins rustig bezit gebleken.

De ingrijpende jurisprudentie heeft tevens tot gevolg gehad dat de oorspronkelijke bedoelingen van de wetgever haaks staan op de uitleg van art. 7:658 BW zoals wij die vandaag kennen. Zo heeft bijvoorbeeld de ‘klassieke’ schuld aansprakelijkheid van de werkgever zich ontwikkeld naar een bijna-risico aansprakelijkheid, is er een groeiende belangstelling voor aansprakelijkheidsclaims wegens beroepsziekten, stijgt het aantal claims wegens verkeersongevallen in de uitoefening van de werkzaamheden en wordt de werkgever aansprakelijk gesteld omdat het ‘mis is tussen de oren’ van de werknemer. Slechts weinigen hadden met name de laatste twee ontwikkelingen tien jaar geleden überhaupt voor mogelijk gehouden. De wetgever van 1907 had dit zeker niet (kunnen) voorzien.

De oorzaken van bovenstaande en andere ontwikkelingen mogen worden gezocht in factoren als de afbouw van het sociale zekerheidsstelsel, de ver-

gaande processuele bescherming van de werknemer, de groei naar risicoaansprakelijkheid en de toenemende assertiviteit van de gemiddelde gelaedeerde werknemer. Het (verzekeren van) werkgeversaansprakelijkheidsrecht ex art. 7:658 BW heeft echter niet gelijke tred kunnen houden met deze maatschappelijke ontwikkelingen; de recente jurisprudentie rondom verkeersongevallen van werknemers illustreert dit. Dit spanningsveld tussen het in wezen verouderde wetsartikel 7:658 BW en de moderne in- of vervulling van de arbeidsovereenkomst geeft aanleiding tot een behoefte tot bezinning door de wetgever, wellicht zelfs tot het uitzetten van een nieuwe koers.

2 Het onderwerp en doel van dit proefschrift

De in paragrafen 2 en 3 geschetste ontwikkelingen en overwegingen leiden tot drie onderling samenhangende vragen. Ten eerste, of de Nederlandse wetgever in 1967 wel de juiste keuze heeft gemaakt door van een sociale verzekering op wettelijke basis (de Ongevallenwet) over te stappen naar een op contractuele grondslag gefundeerd model. De beantwoording van deze vraag nodigt gelijktijdig ook uit tot een tweede vraag, namelijk of de WIA een kritische waardering kan doorstaan en een derde vraag, waar bezinning over de toekomstige inrichting van het werkgeversaansprakelijkheidsrecht toe leidt.

Deze dissertatie heeft tot doel om antwoorden op deze drie kwesties te formuleren. Het zoeken naar deze antwoorden geschiedt door middel van een onderzoek dat zich beweegt op de aangrenzende rechtsgebieden van het aansprakelijkheidsrecht, arbeidsrecht, sociaalzekerheidsrecht, verzekeringsrecht en (historische) rechtsvergelijking.

3 De opbouw van dit proefschrift

Het onderzoek is opgebouwd uit vier delen, die de drie centrale vragen zoals omschreven in de voorgaande paragraaf in grote lijnen benaderen vanuit drie perspectieven: het verleden, het heden en de toekomst.

Deel I benadert het positieve werkgeversaansprakelijkheidsrecht vanuit een rechtshistorische analyse. In hoofdstuk 2 wordt het historisch kader en de wetsgeschiedenis van art. 7:658 BW toegelicht, waarin de basis van het Nederlandse civiele werkgeversaansprakelijkheidsrecht is neergelegd. Ook de voor dit onderzoek relevante geschiedenis van de sociale zekerheid komt in dit hoofdstuk aan de orde, met name de WAO en de WIA. Immers, waar de sociale zekerheid ophoudt, begint een belangrijk deel van de financiële schade

van de werknemer, zodat er een duidelijke relatie tussen deze twee rechtsgebieden bestaat. Een onderzoek naar de achtergrond van het huidige recht komt ook een beter begrip ten goede van de ontstaansredenen van de actuele problemen waarmee werkgevers, werknemers, de wetgever en verzekeraars nu worstelen. Bovendien is een inzicht in de historische achtergrond nuttig vanuit rechtsvergelijkend perspectief om de ‘overstap’ te kunnen verklaren die in 1967 heeft plaatsgevonden waarbij een publiekrechtelijk zorgsysteem is vervangen door een civielrechtelijk, zeer individualistisch georiënteerd systeem.

In hoofdstuk 3 wordt het positieve Nederlandse aansprakelijkheidsrecht beschreven en geanalyseerd. Alle belangrijke aspecten van art. 7:658 BW passeren daarbij de revue. Hierbij wordt duidelijk welke dominante rol de jurisprudentie heeft gespeeld in de invulling en ontwikkeling van dit artikel. Het is met name aan de rechterlijke macht te danken dat dit artikel nog enigszins voldoet aan de eisen van de tijd (hoewel hier wel sprake is van een continue inhaalrace) en niet is gereduceerd tot een anachronisme. Ook blijkt de term ‘uitdijning van de werkgeversaansprakelijkheid’ geen loze kreet te zijn; deze term beantwoordt zonder twijfel aan de realiteit. Het uitdijend effect heeft onvermijdelijk tot gevolg dat art. 7:658 BW in hoog tempo aan betekenis toeneemt.

Bijzondere aandacht wordt geschonken aan die juridische aspecten die nog niet geheel zijn uitgekristalliseerd (en dat misschien ook nooit zullen raken), zoals de inhoudelijke vereisten aan de zorgplicht van de werkgever, de verhouding tussen art. 7:658 BW en art. 7:611 BW en ‘nieuwe’ aspecten van het werkgeversaansprakelijkheidsrecht (psychische schade, verkeersongevallen, etc.) Eén ding zal na het lezen van dit hoofdstuk duidelijk zijn: art. 7:658 BW is in een staat van voortdurende beweging.

Deel II bestaat uit twee rechtsvergelijkende hoofdstukken met betrekking tot respectievelijk het Belgisch recht (hoofdstuk 4) en het Engels recht (hoofdstuk 5). Juist door te kijken in de spiegel van de rechtsvergelijking krijgen wij een scherper beeld van wat ons recht bijzonder maakt, hoe en waarom het afwijkt van andere rechtssystemen, welke problemen gemeenschappelijk zijn en welke verschillende benaderingen worden gehanteerd om deze problemen op te lossen. Gekozen is voor vergelijking met Belgisch en Engels recht omdat hiermee zowel een sterk gelijkend als een sterk afwijkend rechtssysteem in de vergelijking wordt betrokken. Het Belgische recht is als vergelijkend materiaal gekozen omdat het vanwege de *risque professionnel* grondslag qua rechtssysteem typerend is voor de meeste Europese landen, die deze grondslag gemeen hebben. Het Engelse recht is interessant voor vergelijking omdat het,

net als het Nederlandse recht, afwijkt van de Europese gemene deler van het strikt doorgevoerde *risque professionnel*. Het Engels recht doet dit op een unieke wijze door zowel componenten van het *risque professionnel* als het *risque social* te incorporeren. Toch lijkt dit niet ‘the best of both worlds’ te zijn geworden.

Deel III inventariseert de gevonden knelpunten en beschouwt het toekomstperspectief in hoofdstuk 6. In dit hoofdstuk wordt beoogd een antwoord te bieden op de expliciete vraag of – achteraf gezien, anno 2009 – Nederland in 1967 er goed aan heeft gedaan om de Ongevallenwet af te schaffen. Dit brengt echter nieuwe vragen en moeilijke keuzes met zich. Om slechts enkele te noemen: Moet de wetgever het huidige werkgeversaansprakelijkheidsrecht in stand houden of afschaffen, nadenken over een herstel van de sociale zekerheid, het oprichten van schadefondsen of wellicht het invoeren van een verplichte verzekering? Als voor het laatste zou worden gekozen, op welke grondslag zou een dergelijke verzekering dan zijn gebaseerd en zou zij het *risque professionnel* of het *risque social* moeten dekken? In hoeverre wordt de wetgever in zijn keuzevrijheid gebonden aan internationale verdragsverplichtingen? Bij het behandelen van de mogelijke toekomstige ontwikkelingen heb ik een onderscheid gemaakt tussen enerzijds hetgeen de wetgever verplicht is te veranderen aan de huidige situatie en anderzijds de beleidsalternatieven waaruit de wetgever keuzes kan maken.

Deel IV tot slot vormt een overzicht van de belangrijkste bevindingen en een samenvatting van het geheel, zowel in het Nederlands (hoofdstuk 7) als in het Engels (hoofdstuk 8).

DEEL I

2 Het historisch perspectief: van Ongevallenwet naar WIA

1 Inleiding

Dit hoofdstuk biedt een beknopt historisch beeld van de sociale en politieke ontwikkelingen die hebben geleid tot de totstandkoming van de in artikel 7:658 BW neergelegde werkgeversaansprakelijkheid zoals wij die nu kennen.¹ Eerst wordt een algemeen beeld van Nederland rond het einde van de negentiende eeuw geschetst, wanneer de eerste ontwikkelingen in het werkgeversaansprakelijkheidsrecht plaatsvinden. Zo wordt duidelijk hoe ver deze tijd letterlijk en figuurlijk van de huidige verwijderd is en daarmee ook van de moderne inzichten – en perikelen – waarmee art. 7:658 BW (voorheen art. 7A:1638x oud-BW) in de eenentwintigste eeuw is omgeven. Vervolgens wordt de ontwikkeling van art. 7A:1638x oud-BW naar 7:658 BW gevolgd, daarbij steeds geplaatst binnen de historische context van sociale, politieke en arbeidsrechtelijke ontwikkelingen. Tot slot wordt het artikel afgezet tegen de moderne sociaalzekerheidsrechtelijke ontwikkelingen, waaronder de roep om afschaffing van het werkgeversaansprakelijkheidsrecht.

1.1 *Nederland over het tijdsbestek van een eeuw: toen en nu*

Het wettelijke werkgeversaansprakelijkheidsrecht is circa een eeuw oud: art. 7A:1638x oud-BW, de voorloper van het huidige 7:658 BW, werd in 1907 gepubliceerd in het Staatsblad. In het licht van alle wetenschappelijke, technische, medische en maatschappelijke ontwikkelingen die sindsdien hebben plaatsgevonden, is dat zéér lang geleden. Of anders gezegd: het huidige art. 7:658 BW, dat in de loop van een eeuw inhoudelijk weinig is veranderd, is gecreëerd met als uitgangspunten arbeidsomstandigheden en -verhoudingen die weinig meer gemeen hebben met de hedendaagse werkplek en arbeidsrelaties. Het laat zich licht raden dat dit aanleiding tot problemen geeft.

¹ Zie Fillet 1985, p. 350 en Bles 1909, p. 295 e.v.

Hoe zag Nederland er dan rond de voorlaatste eeuwwisseling uit? De industrialisatie had ons land net stevig in zijn greep gekregen. ‘Industrialisatie’ betekende echter nog niet aanstonds grootschalige fabrieken maar veeleer de opkomst van fabrieksmatige arbeid in een ‘lokaal’ in de woning van de werkgever. De infrastructuur stelde, vergeleken met de dichtgeslibde snelwegen van nu, weinig voor; en dit gold ook voor de verkeersrisico’s. Zelfs na de eeuwwisseling kon (althans had) de wetgever van destijds niet voorzien dat het gemotoriseerde (vracht-)verkeer een halve eeuw later explosief zou toenemen, evenals de daaraan gerelateerde opkomst van ambulante beroepen, zoals treinconducteurs, vrachtwagenchauffeurs, stewardessen en wasmachinemonteurs.

Het belang van de dienstverlenende sector was destijds gering, wat wellicht verklaart waarom deze groep niet wordt vermeld in de parlementaire geschiedenis. Ook de relatieve veiligheid van de beroepen in deze sector kan hieraan debet zijn.

Hoewel de elektrotechniek en de telecommunicatie al waren uitgevonden, werden zij nog niet of nauwelijks toegepast in de woning of werkplek van de gemiddelde burger. Wetenschappen als chemie, psychologie, economie, nucleaire technologie, moderne werktuigbouwkunde, informatica of ruimtetechnologie bestonden niet of stonden nog in de kinderschoenen. Vandaag de dag is het moeilijk om voor te stellen hoe de Nederlandse samenleving zonder deze (toegepaste) kennis er uit moet hebben gezien. In de parlementaire geschiedenis van destijds kan uit niets worden afgeleid dat de wetgever ooit zulke technologieën of beroepen heeft voorzien of daar op enige wijze rekening mee heeft gehouden.

Kortom: er bestaat een wereld van verschil tussen de periode van de twintigste eeuwwisseling, waarin art. 7A:1638x oud-BW tot stand kwam, en het begin van de eenentwintigste eeuw, waarin zijn opvolger art. 7:658 BW wordt toegepast. Het wetsartikel zelf is echter weinig veranderd. Het is dan ook geen wonder dat de toepassing van het artikel in toenemende mate moet worden ‘geïnterpreteerd’ ten aanzien van de ‘moderne’ aspecten van de hedendaagse arbeidsrelatie en arbeidsvervulling.

1.2 *De situatie van de arbeider voor 1901*

In de jaren veertig en vijftig van de negentiende eeuw waren ernstige arbeidsongevallen en beroepsziekten schering en inslag. Hiervoor zijn vele verklaringen, waarvan zelfs de belangrijkste al een lange lijst vormen: het vrijwel geheel ontbreken van wetgeving op de veiligheid van de arbeidsomstandig-

heden, de afwezigheid van overheidstoezicht, een zeer gebrekkig inzicht in de gevaren op de werkplek, vergaand winstbejag en felle concurrentie, een scherpe klassenscheiding, conservatisme, hoge structurele werkeloosheid, kinderarbeid, zeer ongezonde woon- en arbeidsomstandigheden, een overvloed aan goedkope, onmondige arbeiders, etc. Dit alles leidde tot armoede, apathie en verpaupering van de arbeidersbevolking. Familieleiden verlichtten onderling de misère op het platteland. In de steden kenden de ambachtsslieden de zogenaamde gilde- en knechtenbus, waaraan zij allen een contributie leverden en bij tegenslag een beroep op konden doen. Het merendeel van de arbeiders was echter bij iedere tegenslag – ziekte, verwondingen, winterkou, honger – aangewezen op de armenzorg.²

Er was weinig inzicht in het belang van de veilige en gezonde inrichting van de fabriek of werkplaats, zoals voor bijvoorbeeld verlichting, ventilatie, klimaatbeheersing of ergonomie. Arbeidsuren van 14-16 uur per dag of meer waren niet ongebruikelijk, terwijl dit nog vaak toenam naarmate er, afhankelijk van het jaargetijde, meer zonlicht was.³ Dit gold, zij het in iets geringere mate, ook voor jonge kinderen. Het laat zich raden dat de vermoeidheid en zwakheid die hiervan het gevolg waren de kans op arbeidsgerelateerde letsels sterk verhoogden. De trieste arbeidsomstandigheden, nog verergerd door eenzijdige en karige voeding, vochtige en tochtige huisvesting, besmet drinkwater en gebrek aan sanitair en hygiënisch inzicht, leidden ertoe dat de gemiddelde levensduur van een arbeider slechts 32 jaar was.⁴ Dat vormde echter voor de werkgevers, die de liberale tijdsgeest een economische interpretatie gaven, geen aanleiding om onveilige of ongezonde arbeidsomstandigheden te verbeteren. Het was immers veel goedkoper om de ‘beschadigde’ of ‘opgebruikte’ arbeider te vervangen.

De overheid hield zich met een beroep op het liberalisme nadrukkelijk afzijdig van zowel de arbeidsverhoudingen tussen de werkgever en de arbeider als ten aanzien van regelgeving over de inrichting van fabrieken en werkplaatsen.⁵ Deze neutrale houding omvatte echter niet een tolerantie van arbeiders die protesteerden tegen hun ontslag of hun arbeidsomstandigheden – deze ‘oproerkraaiers’ en ‘raddraaiers’ konden van het openbare gezag op brute wijze een lesje krijgen in het respecteren van de openbare orde en hun beteren.⁶

2 Schwitters 1991, p. 11-15. Zie ook Roland Holst-van der Schalk 1901a, p. 34 en Brugmans 1975, p. 66-82.

3 Geers 1988, p. 23. Zelfs tegen de eeuwwisseling kwamen werktijden van 13 uur of meer veelvuldig voor, vgl. Roland Holst-van der Schalk 1901b, p. 33-34.

4 Schraalhans was altijd keukenmeester: de arbeider at hoofdzakelijk aardappels met azijn en mosterd; soms aangevuld met meelpap en brood van inferieure kwaliteit. Vlees kende hij niet. Vgl. Brugmans 1975, p. 154-193.

5 Brugmans 1975, p. 150.

6 Vgl. Geers 1988, p. 26.

De arbeiders beklagden zich niet of nauwelijks over de arbeidsomstandigheden waarvan zij het slachtoffer werden. Dit komt nu vreemd over, maar destijds waren er – in het licht van die tijd – goede redenen voor. Zo hadden arbeiders bijvoorbeeld niet het scherpe besef van inkomensschade door een verlies aan arbeidsvermogen, dat hun nazaten tegenwoordig kennen. Arbeid was per definitie onzeker: veel arbeiders leefden van seizoenarbeid of dagloonarbeid, letterlijk van dag tot dag. Ook was, bij gebrek aan medische en hygiënische inzichten, de gelatenheid tegenover lichamelijke misère alom zo verspreid en de oorzaak ervan dikwijls zo onduidelijk, dat de arbeider er moeilijk toekwam met een verwijtende vinger naar zijn werkgever te wijzen.

Zelfs indien een arbeider in vaste dienst besef had van verwijtbaar handelen van zijn werkgever, zou het hem vanuit emotioneel en praktisch oogpunt zwaar gevallen zijn om deze aansprakelijk te stellen: daarvoor waren de sociale afstand, de financiële afhankelijkheid en de last van een advocatenhonorarium eenvoudigweg te groot. Diepgewortelde gevoelens van loyaliteit, eerbied en onderdanigheid maakten het voor de gelaedeerde arbeider moeilijk om tegen zijn ‘broodheer’ te klagen indien deze niet naar hem wilde omzien.⁷ Bij afwezigheid van vrijwel iedere vorm van ontslagbescherming zou klagen waarschijnlijk tot ontslag leiden, zowel van de arbeider zelf als mogelijkserwijs ook van zijn familieleden. Wie durfde dat te riskeren?

Ook het rechtstelsel bood de arbeider zo weinig kans op soelaas dat hier zelden een beroep op werd gedaan. Het civiele recht had namelijk bedroevend weinig te bieden aan arbeiders die door een arbeidsongeval of beroepsziekte arbeidsongeschikt waren geraakt. De enige specifieke wettelijke bepaling die aan arbeiders een recht op schadeloosstelling toekende was art. 423 Wetboek van Koophandel: “Iedere schepeling die gedurende de reis ziek, of in dienst van het schip, of in gevecht tegen vijanden of zeeroovers, gewond of verminkt wordt, blijft zijne huur behouden, is gerechtigd tot oppassing en genezing, en, in geval van verminking, tot schadeloosstelling, op zoodanigen voet en op zoodanige wijze, als de rechter, in geval van verschil, zal beoordelen te behooren.”

De algemene artikelen 1401 e.v. oud-BW⁸ boden de arbeider een recht op schadevergoeding indien hem in de uitoefening van het bedrijf een schadeveroorzakend ongeval was overkomen, wat was veroorzaakt door een onrecht-

7 Zo vertelde J.H. Schaper (SDAP) aan de Tweede Kamer tijdens de debatten over het ontwerp-Lely van de Ongevallenwet in 1899 hoe hij in 1884, als de voornaamste kostwinner van het gezin (à fl. 6,00 per week), ernstig arbeidsletsel had geleden en vervolgens van zijn baas diens laatste kwartje als troost mocht hebben. Zie De Vries Wzn. 1970, p. 16.

8 Thans art. 6:162 BW e.v.

matige daad jegens hem van zijn werkgever of diens hulppersonen. Tot 1919 huldigde de Hoge Raad echter de theorie dat een onrechtmatige daad slechts kon bestaan uit een handeling in strijd met een wet of een wettelijke verordening.⁹ Gegeven de schaarste aan wettelijke bepalingen was van een zodanige onrechtmatige daad naar de normen van die tijd niet snel sprake.

Dit gold zeker voor de arbeidsovereenkomst, die berustte op een summiere regeling over huur en verhuur van diensten in het Burgerlijk Wetboek. De arbeidsovereenkomst verplichtte de werkgever *uitsluitend* tot betaling van het overeengekomen loon. Deze betaling werd algemeen beschouwd als een vergoeding voor zowel de verrichte arbeid als (daarin verdisconteerd) de risico's van die arbeid. Anno 1887 stelde een gezaghebbende uitspraak van de Rechtbank Rotterdam inzake een arbeidsongeval dan ook dat “de eenige praestatie, waartoe de huurder van diensten gehouden is, bestaat in de uitbetaling van het overeengekoomen loon.”¹⁰ Behoudens de omstandigheid van schuld van de werkgever aan een arbeidsongeval was deze niets verschuldigd aan de arbeider.¹¹ De werkgever kon zich zelfs contractueel vrijwaren tegen daaruit voortvloeiende aansprakelijkheid; dit werd nog zo laat als 1898 acceptabel geacht.¹² Deed hij dit niet, dan nog werd schuld zijnerzijds slechts zelden aangenomen, zoals nog zal blijken.

Een korte terzijde: in de jaren 1884-1885 stelden de Belgische juristen Sauzet en Sainctelette dat de arbeider beter kon ageren op grond van de tussen hem en zijn werkgever bestaande overeenkomst. Zij leidden uit de wetsartikelen over goede trouw en de redelijkheid en billijkheid¹³ de juridische consequentie af dat een werkgever zijn arbeider bij het einde van het arbeidscontract gezond behoorde ‘af te leveren’, tenzij hij kon aantonen geen schuld te hebben aan een arbeidsongeval.¹⁴ De Nederlandse juristen meenden echter dat de vordering tot schadevergoeding van de arbeider letterlijk steun moest vinden in de artikelen 1374 en 1375 BW. Nu dit niet zo was, behoefde de werkgever geen aansprakelijkheid te dragen voor schade die hem niet volgens de wet te verwijten was.¹⁵ Sauzet en Sainctelette waren derhalve hun tijd wat te ver vooruit.

⁹ Vgl. HR 31 januari 1919, NJ 1919, p. 161 (Lindenbaum/Cohen).

¹⁰ WvR nr. 5546; Geers 1988, p. 61.

¹¹ De Vries Wzn. 1970, p. 12.

¹² TK Bijlagen 1897-1898, nr. 182, p. 11. Dit betreft de Wettelijke verzekering van werklieden tegen de gevolgen van ongevallen in bepaalde bedrijven.

¹³ Artt. 1135 en 1165 Belgisch BW/artt. 1374, 1375 en 1376 Ned. BW.

¹⁴ De Vries Wzn. 1970, p. 15.

¹⁵ Drucker 1887, p. 48-49.

Wanneer de arbeider het toch waagde om tot juridische actie over te gaan, stak hij zijn hoofd in een figuurlijk wespennest. Van gesubsidieerde rechtsbijstand was destijds nog geen sprake, zodat – om slechts te beginnen – de financiële drempel naar de advocaat heel hoog was. Daarnaast diende hij als eisende partij in alle opzichten de volle bewijslast te dragen; van enige bewijslastomkering of -verlichting was destijds geen sprake. Op gunstige verklaringen van zijn collega's kon hij zelden rekenen: daarmee riskeerden zij het dagelijks brood voor zichzelf en hun gezinnen.¹⁶ Een geringe mate van eigen schuld kon de aansprakelijkheid van zijn werkgever al geheel teniet doen. Bovendien kon werkgever altijd een beroep doen op overmacht, het ongeval wijten aan onbekende oorzaken of aantonen dat hij het ongeval niet had kunnen voorkomen. In al deze gevallen kwam de arbeider geen recht op schadevergoeding toe.¹⁷ Zelfs indien ondanks alle hindernissen toch een veroordelend vonnis was bereikt, bestond de kans dat het niet kon worden geëxecuteerd omdat de werkgever insolvabel was. Dit was met name bij kleine fabrikanten en kleine bouwondernemers, die werkten met door hypotheek verkregen geld, niet uitzonderlijk.

Zonder moeite kan worden geconcludeerd dat de civielrechtelijke aansprakelijkheid van werkgevers voor arbeidsongevallen in de negentiende eeuw weinig voorstelde.¹⁸

Vanaf de laatste decennia van de negentiende eeuw gingen de industriële raderen geleidelijk sneller draaien. In een poging om de achterstand ten opzichte van het buitenland in te halen werden nieuwe industriële procédés geïmporteerd, zoals de stoomkrachttechnologie en de snelspoel. Hiermee werden de Nederlandse productiemethoden gemoderniseerd, wat tevens grotere, meer efficiënte fabrieken mogelijk maakte.

De snel voortschrijdende mechanisatie van de arbeid had diverse ingrijpende gevolgen voor de Nederlandse samenleving. Allereerst betekende zij een verschuiving van werkgelegenheid en bevolkingsdichtheid van het platteland naar de steden. De massaliteit van arbeiders op de werkvloer verzakelijkte de voorheen tamelijk persoonlijke relatie tussen arbeider en werkgever. Voorts schiep de gemechaniseerde arbeid een nieuwe behoefte aan gespecialiseerde fabrieksarbeiders, waardoor het loon van de arbeiders in beweging kwam. Een bijkomstig gevolg van de mechanisatie in combinatie met de grote getale

¹⁶ TK, MvT, Bijlagen 1897-1898, nr. 182, p. 10.

¹⁷ De Vries Wzn. 1970, p. 12.

¹⁸ TK, MvT, Bijlagen 1897-1898, nr. 182, p. 11 (Ministers Lely, Cort van der Linden en Pierson). Vgl. ook Greven 1887 en De Vries Wzn. 1970, p. 12.

van arbeiders bij één werkgever was de opkomst van de moderne vakbondsvereniging.

Naarmate de industrialisatie vorderde, namen ook de door de werkgevers verlangde werktempo en -belasting toe. De fysiek en geestelijke zwakke gesteldheid van de arbeider werd gezien als een ergerlijke productiebeperking.¹⁹ Geleidelijk realiseerden de werkgevers zich dat, om een aanbod te vinden van gezonde, bekwame arbeiders die konden lezen, schrijven en rekenen, eerst een hogere levensstandaard en beter onderwijs voor de (toekomstige) arbeidersbevolking moesten worden gecreëerd. Het welbekende ‘Kinderwetje’ vindt zijn oorsprong in dit praktisch inzicht.

Ook werd het makkelijker om een verband te leggen tussen de arbeid en hierdoor veroorzaakt letsel. Bij gebrek aan enige andere voorziening wendden de slachtoffers van de ‘helse’ machines zich massaal tot de armenzorg voor bijstand. Dit leidde tot een felle maatschappelijke discussie: de afhankelijke positie van de gelaedeerde arbeider werd als een sociaal onrecht en een schande ervaren. Zo wees Greven de Nederlandsche Juristen-Vereeniging in 1887 op het feit dat vier van de vijf personen die een ongeluk hadden gehad, vaak geheel buiten eigen schuld, slechts door liefdadigheid werden onderhouden.²⁰

Om de nood te lenigen van gelaedeerde arbeiders en hun gezinnen gingen vele grote werkgevers in bedrijfssectoren als de spoorwegen, de mijnen en de textielfabrieken ertoe over om fabrieksfondsen op te richten. Vermoedelijk lagen hier ook meer praktisch ingestelde motieven aan ten grondslag. Zo had het instellen van een fonds als voordelen dat de werkgever gemakkelijker arbeiders kon aantrekken en aan zich binden, bijvoorbeeld door ook een pensioenuitkering in het fonds op te nemen.²¹ Bovendien werden de fondsen niet gefinancierd door de werkgevers maar door contributies van de arbeiders; het kostte de werkgever dus weinig of niets. Een arbeider mocht in geval van ziekte of verwonding een beroep doen op een uitkering door dit fonds, tenzij sprake was van eigen schuld. Vaak werd deze uitkering door de werkgever aangevuld of aan het fonds terugbetaald.

Hoewel de fabrieksfondsen een menslievende uitstraling hadden, werd er toch kritisch tegen aangekeken. Werkgevers die een (aanvullende) uitkering deden aan hun arbeiders, meenden dat concurrerende werkgevers die hun

19 Vgl. Roland Holst-van der Schalk 1901a, p. 130-131 en Brugmans 1975, p. 91.

20 Nederlandsche Juristen-Vereeniging 1887, p. 34-35.

21 Vgl. Schwitters 1991a, p. 18-19.

gelaedeerde arbeiders verwezen naar de armenzorg een oneerlijk concurrentievoordeel genoten. Niemand durfde echter voor te stellen om de armenzorg af te schaffen, zodat moest worden gezocht naar een manier waarop gelaedeerde arbeiders in hun bestaan konden voorzien zonder dat dit een onrechtvaardig voordeel betekende voor één werkgever ten opzichte van een andere werkgever.

Tegen het einde van de negentiende eeuw beseften de Nederlandse politici dat het liberalisme de contractsvrijheid van de arbeider (en in het verlengde daarvan, diens arbeidsomstandigheden) weinig te bieden had. Omwille van het algemeen belang waren publiekrechtelijke regelingen nodig ten aanzien van zowel de soms zeer gevaarlijke arbeidsomstandigheden als de verhaalsmogelijkheden van arbeiders. Een wijziging van koers was geboden.²²

Een eerste aanzet tot deze omslag was de Kinderwet “houdende maatregelen tot het tegengaan van overmatigen arbeid en verwaarlozing van kinderen” van 1874.²³ Deze wet verbood het in dienst hebben van kinderen beneden de leeftijd van twaalf jaar. Op zich stelde deze wet in de praktijk weinig voor. Zij was in vage termen gesteld, er was geen controle op de naleving en de toegestane uitzonderingen (land- en huisarbeid) waren zeer breed en werden nog breder geïnterpreteerd. De invoering van deze wet betekende echter de eerste wettelijke inbreuk op de contractsvrijheid tussen de werkgever en de arbeider.

De Kinderwet leidde tot vele enquêtes over arbeidsomstandigheden en gaf aanleiding tot beschermende wetgeving zoals de belangrijke Arbeidswet²⁴, die in essentie beperkende regels stelde over de arbeid door jonge kinderen en (zwangere) vrouwen. Deze wet leidde tot haar beurt tot de oprichting van de Arbeidsinspectie, aan wiens onderzoeken en publicaties de hedendaagse werknemer veel dank verschuldigd is. Het ontstaan van (met name door de Arbeidsinspectie ontwikkelde) erkende veiligheidsnormen betekende dat er eindelijk normen waren waaraan de arbeider het verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever jegens hem in rechte kon toetsen. Ook de eerste Arbeidsomstandighedenwet van 1980 vindt zijn oorsprong in de Kinderwet.

22 Vanuit deze achtergrond koos de Nederlandse Juristenvereniging al in 1887 voor een verplichte ongevallenverzekering. De nieuwe politieke visies waren waarschijnlijk beïnvloed door de recente wijzigingen in de Kieswet, waarmee werd getracht de binnenlandse onrusten, veroorzaakt door de zware armoede, en de aantrekkingskracht van het buitenlandse socialisme een halt toe te roepen.

23 Stb. 1874, 130.

24 Stb. 1889, 48.

De rapportages van de Arbeidsinspecteurs en de enquêtes naar de Kinderwet en de Arbeidswet leidden tot de door Minister Van der Sleyden aangevoerde politieke discussie over de wenselijkheid om maatregelen te treffen ter bescherming van alle arbeiders. Dit ging niet zonder weerstand: uit de Handelingen van de Tweede Kamer blijkt dat enkele parlementariërs zelfs van mening waren dat een wet ter bescherming van mannelijke arbeiders “een uiting van ziekelijke philanthropie” was en dat “twijfelachtig is, of inderdaad doeltreffende voorschriften voor het voorkomen van ongevallen en ziekten te geven zijn, daar verreweg het grootste gedeelte van de ongelukken voortspuit uit roekeloosheid en zorgeloosheid der arbeiders”.²⁵ Een meerderheid van de Tweede Kamer vond een wettelijke ingreep in de verbetering van de veiligheid van de arbeidsomstandigheden echter noodzakelijk, vooral omdat het particuliere initiatief van de werkgevers op dit punt evident ernstig had gefaald. Zo kwam in 1895 de Veiligheidswet tot stand.²⁶ De voor de hand liggende suggestie om de Arbeidswet en de Veiligheidswet te combineren en daarmee één wettelijk regeling voor alle arbeiders te creëren haalde het (voorlopig) echter nog niet: de regering wilde eerst nog enkele jaren aanzien hoe de beide wetten in de praktijk zouden uitpakken.²⁷

De Veiligheidswet stelde voorschriften vast met het oog op de veiligheid van de arbeider in werkplaatsen en fabrieken. De naleving hiervan werd gewaarborgd met strafsancities en toezicht door de Arbeidsinspectie. De wet had aanvankelijk slechts een beperkte werking doordat zij alleen van toepassing was op besloten ruimten waarin een bedrijf werd uitgeoefend voor zover daar een krachtwerktuig of oven werd gebruikt of daar tenminste tien personen plachten te verblijven. De Veiligheidswet had dus geen betrekking op bijvoorbeeld kantoren, winkels, magazijnen of fabrieken waar minder dan tien werknemers aanwezig waren,²⁸ ‘industriescholen’²⁹, woningen of het verrichten van arbeid in de open lucht.

Gaandeweg groeide de belangstelling van het parlement voor de arbeidsomstandigheden.³⁰ Zo werd uiteindelijk algemeen erkend dat zelfs de meest hardwerkende, sobere, moreel hoogstaande arbeider geen reële kans had om zichzelf uit ‘het slijk’ te worstelen en dat, wanneer hem een ongeval of beroeps-

25 Bijlage bij de TK Handelingen 1894-1985, nr. 15, p. 2; zie ook Molenaar 1958, p. 1377-1378.

26 Stb. 1895, 137.

27 Bijlagen 1894-1895, II, nr. 15, p. 14.

28 Dit werd bij wijzigingswet van 19 juni 1915, Stb. 1915, 245 gereduceerd tot vijf of meer personen.

29 HR 2 december 1901, W. 7700.

30 Frappant is dat de Arbeidsinspectie wel officieel verslag uitbracht van arbeidsongevallen maar niet van beroepsziekten, vgl. Vinke 1997, p. 6.

ziekte overkwam, zijn kansen op verhaal van zijn schade zeer gering waren. Ook droegen de rapporten van de Arbeidsinspectie bij tot het maatschappelijk inzicht dat de werkgever verantwoordelijkheid droeg voor de gezondheid van de arbeider. Een arbeidsongeval werd niet langer gezien als een contractueel aanvaard risico of als een Godsgericht, maar als een tekortkoming in de verantwoordelijkheid van de werkgever jegens zijn personeel. Het welzijn van de werknemer werd niet langer gezien als een individuele kwestie maar als een “gemeenschappelijk belang der nijverheid, hetwelk regeling eischt, want de ongelukken, die, niettegenstaande alle voorzorgen, steeds zullen blijven voorkomen, moeten als praktisch onvermijdelijk worden aangemerkt en de schade, daaruit voortvloeiende, behoort tot de noodzakelijke kosten der productie, m.a.w. de risico is eene aan de productie inhaerente risico en moet door haar zelve gedragen worden.”³¹

Tegen het einde van de negentiende eeuw leidden de voorgaande ontwikkelingen ertoe dat het niet langer ongehoord was voor een arbeider om een vordering tot schadevergoeding wegens een arbeidsongeval in te stellen, soms met de steun van zijn vakbond, als hij die had. De werkgevers zagen hierin een ongunstige maatschappelijke ontwikkeling: zij meenden dat civiele (of, erger nog, strafrechtelijke) gedingen van arbeiders tegen hun werkgevers een bedreiging vormden voor de sociale vrede.³² Het was politiek onvermijdelijk geworden dat er een behoorlijke wettelijke regeling moest komen die arbeiders in staat zou stellen hun schade ten gevolge van een arbeidsongeval te verhalen op de werkgever. De politici worstelden echter nog met de vraag hoe dit moest worden gerealiseerd. Zij kwamen voor een moeilijke keuze te staan.

De eerste optie was een verscherping van de civielrechtelijke aansprakelijkheid. De grote fabrikanten, die belangrijke invloed uitoefenden in het parlement, vonden dit onaanvaardbaar: het zou slechts leiden tot een verslechtering van de arbeidsrelatie, zoals reeds was aangetoond in een Duits experiment onder leiding van Bismarck.

De tweede optie bestond uit het invoeren van een publiekrechtelijke ongevallenverzekering. Dit had een breed maatschappelijk en politiek draagvlak, want op het particuliere vlak bestond reeds enige ervaring met ongevallenverzekeringen.³³ Aanvankelijk werd het bezwaar opgeworpen dat een verplichte

³¹ TK, MvT, Bijlagen 1898-1899, nr. 182-3, p. 12.

³² De Vries Wzn. 1970, p. 22. Hierbij moet men bedenken dat vele arbeidsongevallen plaatsvonden bij kleine ondernemers, voor wie een verplichting tot schadevergoeding bijkans gelijk stond aan faillissement.

³³ Vgl. Molenaar 1958, p. 1525.

ongevallenverzekering teveel kapitaal aan ‘de nijverheid’ zou onttrekken. Dit argument werd reeds in een vroeg stadium afgedaan door de stelling dat de Staat een verplichte verzekering slechts wilde opleggen omdat het particulier initiatief om gebruik te maken van particuliere verzekeringen te gering was gebleken.³⁴

Bij Koninklijk Besluit van 29 september 1892 werd aan een parlementaire commissie opdracht gegeven een wetsvoorstel te doen over de mogelijkheid “tot oplegging der verplichting aan werkgevers tot verzekering hunner werklieden tegen geheele of gedeeltelijke tijdelijke of blijvende invaliditeit, ten gevolge van een ongeval bij den arbeid, mits zóó geregeld, dat van Staatswege gelegenheid tot zoodanige verzekering worde verschaft”.³⁵ In 1897 was het wetsontwerp na veel moeite eindelijk gereed maar bleef het buiten behandeling. In 1899 presenteerde de opvolgende regering een tweede wetsvoorstel: de ‘Wettelijke verzekering van werklieden tegen de gevolgen van ongevallen in bepaalde bedrijven’. Zo kreeg Nederland in 1901, in navolging van het buitenland, zijn eerste wettelijke ‘dwangverzekering’: de Ongevallenwet.³⁶

2 De Ongevallenwet (1901)

De totstandkoming van de Ongevallenwet vormde een omslagpunt in de doelstelling van de tot dusver ontwikkelde arbeidswetgeving. Wetten als de Kinderwet, de Arbeidswet en de Veiligheidswet en als meer specifieke uitwerking van deze voorgaande wetten de Phosphorluciferwet (1901), de Mijnwet (1903), de Caissonwet (1905), de Steenhouderswet (1911) en de Stuwadoorswet (1914) beoogden vooral *bescherming* van de arbeider tegen arbeidsongevallen en beroepsziekten. Bij de Ongevallenwet was de *compensatie* voor schade van de arbeider bij de verwezenlijking van gevaren op de werkplek het centrale motief. Na een halve eeuw maatschappelijke en politieke discussie was de gelaedeerde arbeider eindelijk niet meer afhankelijk van de armenzorg en onzekere gunsten.

Minister van Justitie Cort van der Linden verklaarde over de Ongevallenwet dat “deze wet zal strekken tot pacificatie en de onaangename hatelijke

34 “Het vrij initiatief der betrokkenen dient noch de nijverheid noch de arbeiders in behoorlijke mate”, aldus de Commissie Cort Van der Linden III aan het bestuur van de ‘Nederlandsche Vereeniging tot voorkoming van ongelukken in fabrieken en werkplaatsen’ in 1894; zie ook Molenaar 1958, p. 1525.

35 Nr. 50, p. 16, sub XI. De Troonrede van 1894 refereert aan de voorbereiding van het wetsvoorstel.

36 Stb. 2 januari 1901, nr. 1. Vgl. ook Schwitters 1991b.

processen tusschen werkman en werkgever uit de wereld zal helpen”.³⁷ Hiermee refereerde hij vooral aan de belangrijke koppeling tussen de publiek-rechtelijke ongevallenverzekering en de ontheffing van de civielrechtelijke aansprakelijkheid in art. 87 van de Ongevallenwet (het zogenaamde ‘pacificatie-artikel’). Dit voldeed ook aan de oude wens om alle werkgevers op gelijke voet te belasten, óók diegenen die geen fabrieksfonds hadden ingesteld. De consequentie van de ‘vrijstelling’ was echter wel dat de Staat (in de gedaante van de Rijksverzekeringsbank³⁸) de uitkering van de rente moest waarborgen tegenover de arbeider.³⁹

De motivering van de keuze voor een collectief stelsel school vooral in de overweging dat een individueel stelsel voor de werkgever veel administratieve lasten en kosten met zich zou brengen, terwijl het voor de arbeider van geen belang hoorde te zijn of hij nu individueel dan wel collectief was verzekerd. Bovendien zou de inschakeling van particuliere verzekeraars veel (bezwaarlijke) overheidscontrole met zich brengen terwijl dan ook de kans in het leven werd geroepen dat deze particuliere verzekeringsmaatschappijen alle goede risico’s zouden wegsnoepen. Dan zou de overheid blijven zitten met de ‘rotte appels’, wat uiteraard niet de bedoeling was.⁴⁰

In overeenstemming met de bepalingen van de Ongevallenwet werd de premie opgebracht door de werkgever. De kosten van deze premie mochten niet worden verhaald op de werknemer (art. 43ter) maar werden beschouwd als natuurlijke bedrijfsonkosten. De belangrijkste argumenten hiervoor waren het al geringe loon van de arbeider, waar in redelijkheid niet op kon worden bekniibeld; de functie van de werkgever als de leider van het bedrijf, waardoor hij het beste in staat werd geacht om ongevallen te voorkomen; en zijn positie als de partij met de sterkste schouders.⁴¹ Ook werd aangevoerd dat het niet meer dan rechtvaardig was dat de werkgever de lasten moest dragen van de ongevallen overkomen aan de arbeider, wanneer die ongevallen als het ware een onafscheidelijk gevolg waren van de uitoefening van het bedrijf.⁴² Hiermee werd impliciet de basis gelegd voor het beginsel van risqué professionnel als grondslag voor de Ongevallenwet.

37 Clausing 1964, p. 408.

38 De Rijksverzekeringsbank is de voorganger van de huidige Sociale Verzekeringsbank.

39 Bijlagen 1898-1899, II, nr. 16, Memorie van Antwoord, p. 1-2.

40 TK Bijlagen 1898-1899, nr. 182-3 (MvT), p. 20.

41 Van der Linden, in: TK Handelingen 1899-1900, p. 134.

42 Vgl. het wetsontwerp-Van der Sleyden c.s., zie TK Bijlagen 1896-1897, nr. 159, MvT p. 10; zie ook Molenaar 1958, p. 1552-1553.

Volledigheidshalve zij vermeldt dat het risqué professionnel-karakter ook uit andere aspecten van de Ongevallenwet valt af te leiden, zoals de indeling van bedrijven in gevarenklassen en aan de toekenning van ‘gevarencijfers’ aan de individuele bedrijven.

De hoogte van de premie was gerelateerd aan de hoogte van de risicofactor (‘gevaar Klasse’) waaraan de arbeider werd blootgesteld. Een regelmatige inventaris door de Rijksverzekeringsbank van de door de werkgever genomen veiligheidsmaatregelen kon resulteren in een indeling in een lagere of hogere gevaar Klasse in overeenstemming met een lagere respectievelijk een hogere premie.

De Rijksverzekeringsbank keerde een uitkering (‘rente’), uit na de melding van het ongeval aan de arbeider, indien zij van oordeel was dat deze:

- ten tijde van het ongeval zijn werkzaamheden uitvoerde ten behoeve van de uitoefening van het verzekeringsplichtige bedrijf van zijn werkgever en dat
- deze werkzaamheden de kans van het verwezenlijkte risico aanmerkelijk hadden vergroot en
- hij als gevolg hiervan letsel had geleden.

De rente-uitkering geschiedde periodiek, zoveel mogelijk op dezelfde tijdstippen als de normale salarisuitkering maar niet eerder dan na een observatie-tijd van drie weken. Zo beoogde de wetgever enerzijds te voorkomen dat de verzekering onevenredig kostbaar zou worden en anderzijds te beletten dat arbeiders letsel zouden simuleren. Een rente in de vorm van een som ineens achtte de wetgever onwenselijk: de gemiddelde arbeider werd niet in staat geacht om dit op verstandige wijze te beheren. Hij zou het maar opdrinken!

De Ongevallenwet dekte zowel de medische onkosten als het gederfd loon tot maximaal 80%, wat in het tweede jaar echter verminderde tot een maximum van 70%. Deze gedeeltelijke schadevergoeding moest leiden tot een verhoogde preventie van schade, zowel aan de zijde van de werkgever als aan de zijde van de arbeider.

Een karakteristiek kenmerk van de Ongevallenwet was de zeer ruime interpretatie van het begrip ‘schuld’. Niet zonder reden: de wetgever vreesde dat een te beperkte omschrijving van dit begrip zou leiden tot een explosie van processen. Dat was nu juist wat de Ongevallenwet beoogde te voorkomen. Hij wilde daarom geen onderscheid maken tussen de verschillende gradaties van schuld, overmacht, onbekende oorzaken, aansprakelijkheid voor hulppersonen, et cetera. Bovendien werd het onbillijk geacht om de arbeider

– inmiddels in het dagelijks taalgebruik werkman geheten – bij enige mate van schuld iedere recht op schadevergoeding te ontzeggen. Immers – en deze waarheid gaat ook vandaag de dag nog steeds op:

“Eene waarheid toch is het, dat de mensch, die dagelijks te midden van geregeld voorkomende gevaarlijke toestanden verkeert, daaraan zóó gewent, dat hij het gevaar niet meer ziet, dat hij zich niet meer voortdurend rekenschap geeft van de gevaren, waaraan hij is blootgesteld, waardoor de kans op een ongeval vermeerderd. In groote werkinrichtingen met veel machinerieën kan bovendien een werkman de gevolgen zijner daad niet altijd overzien wegens de samengestelde inrichting van het geheel, en daardoor kunnen ook ongevallen ontstaan. Voorts zal een werkman allicht geneigd zijn bij zijnen arbeid zich aan eenig gevaar bloot te stellen, wanneer hij denkt zodoende zijne taak spoediger en gemakkelijker te kunnen volbrengen. Dit moge dan schuld uit onvoorzichtigheid heeten, deze kan menigmaal aan het bedrijf van den werkgever ten goede komen, daar de werkman spoediger met zijnen arbeid gereed komt. En eindelijk vergete men niet, dat de werkman arbeidt overeenkomstig de bevelen en aanwijzingen van een ander, terwijl ook niet mag worden voorbijgezien, dat menig ongeval zijn eigenlijken grond vindt in vermoeidheid en overspanning van den werkman.”⁴³

Indien de werkman het ongeval echter opzettelijk had veroorzaakt, kreeg hij niets. Was het ongeval teweeggebracht door zijn eigen dronkenschap, dan ontving hij slechts de helft van de uitkering omdat hij deze toestand immers zelf in het leven had geroepen, wetend dat hij in een dronken staat niet meer met verstandig oordeel zou kunnen handelen. Daar stond tegenover dat de werkgever, indien daartoe veroordeeld door de strafrechter, aan de werkman diens gehele schade diende te vergoeden.

Enigszins opmerkelijk is dat de Ongevallenwet⁴⁴ zelf geen definitie geeft van het begrip ‘ongeval’, terwijl dit begrip toch de essentie van de wet vormt. De Memorie van Toelichting verklaart deze omissie door te stellen dat “het onmogelijk is rekening te houden met de talloze omstandigheden, welke zich in de praktijk kunnen voordoen, zodat elke definitie spoedig zou blijken gebrek-kig te zijn en wellicht tot hardheden aanleiding zou geven”.⁴⁵ Niettemin is in de loop der jaren toch een algemeen aanvaarde definitie van dit begrip in de rechtspraktijk ontwikkeld aan de hand van jurisprudentie. Als ongeval in

43 TK Bijlagen 1897-1898, nr. 182, p. 11. Dit betreft de Wettelijke verzekering van werklieden tegen de gevolgen van ongevallen in bepaalde bedrijven.

44 Dit geldt zowel voor de Ongevallenwet van 1901 als van 1921.

45 Bijlagen 1897-1898, II, nr. 182, stuk nr. 3, p. 22.

de zin van de Ongevallenwet wordt beschouwd: “een plotselinge inwerking op een persoon van een van buiten komende oorzaak, waarvan aantasting van de gezondheidstoestand van lichaam of geest het gevolg is”.⁴⁶ Ook een vonnis van de Centrale Raad van Beroep van 12 juli 1928 is veel als richtlijn gehanteerd. Hierin verklaarde de Raad niet aan te nemen dat de wetgever iets anders zou begrijpen onder een ongeval dan in het dagelijkse leven als zodanig werd verstaan.⁴⁷

Het temporele aspect van het begrip ‘ongeval’ werd in de loop der jaren steeds ruimer uitgelegd. Een belangrijke aanzet hiertoe was de gewijzigde formulering van de Ongevallenwet bij de grondige herziening in 1921. Niet langer was vereist dat het ongeval de werkmán was overkomen *tijdens de werkzaamheden* ten behoeve van de uitoefening van het bedrijf het essentiële criterium; dit werd vervangen door “ongevallen, hun *in verband met* hun dienstbetrekking overkomen.” Dit betekende een wezenlijke verruiming van het begrip ongeval.⁴⁸ Immers, vóór 1921 was de werkmán niet verzekerd tegen schade welke zich verwezenlijkte tijdens activiteiten die zich wél in de arbeidssfeer afspeelden maar niet, strikt gesproken, als werk ten behoeve van de uitoefening van het bedrijf konden worden gekwalificeerd, zoals een stoeipartijtje gedurende de arbeidsuren, een ongeval op weg van of naar het toilet of een ongeval tijdens de lunchpauze. De nieuwe formulering gaf de werkmán het recht om ook rente te claimen voor schade veroorzaakt door of tijdens dergelijke activiteiten. Deze wijziging bracht met zich dat voortaan de zogenaamde ‘straatongevallen’ onder de werking van de Ongevallenwet vielen, dat wil zeggen ongevallen die gebeurden tijdens de gang naar of van het werk via een route die als de kortste en meest gebruikelijke kon worden opgevat. Het laat zich licht raden dat de laatstgenoemde ontwikkeling aanleiding gaf tot veel jurisprudentie.⁴⁹

Ook de werkingssfeer van de Ongevallenwet werd in 1921 aanmerkelijk uitgebreid. Voortaan gold de verzekeringsplicht voor álle bedrijven, tenzij zij bij de wet hiervan waren uitgezonderd.⁵⁰

⁴⁶ Aldus Molenaar 1958, p. 1560; zie ook Boas 1905, p. 234 e.v.

⁴⁷ CRvB 12 juli 1928, A.B. 1928, p. 658.

⁴⁸ Vgl. Molenaar 1958, p.1561. Vgl. CRvB 31 december 1952, A.B. 1953, p. 438, waarin de Raad bepaalde dat (zelfs) het doen van boodschappen voor zichzelf tijdens de lunchpauze in verband stond met de dienstbetrekking.

⁴⁹ Vgl. Molenaar 1958, p.1562-1566.

⁵⁰ M.u.v. landbouwbedrijven, veehouderij, tuinbouw, bosbouw, het bedrijf van personen- of goederenvervoer met schepen (de binnenvaart echter niet meegerekend) en het zeevissersbedrijf, ex art. 12, zie Stb. 1921, 700. Vgl. Veldkamp 1949, p. 60 e.v.

Een tweede wijzigingsronde van de Ongevallenwet in 1928 leidde tot de verlating van het element ‘plotselinge inwerking’.⁵¹ Voortaan werd het lichamelijk letsel gedekt wat als gevolg van een ongeval in ‘betrekkelijk korte tijd’ was ontstaan, voor zover dergelijk letsel in aantoonbaar verband stond met de dienstbetrekking. Dit opende de deur voor claims vanwege bijvoorbeeld zonnestek, bevriezing, blaren, peesschede-ontsteking, et cetera. Maar de vaagheid van dit begrip bezorgde juristen en medici veel werk en veel hoofdpijn...⁵² De Wuite schreef hierover in zijn proefschrift met vooruitziende blik dat het “Nog beter ware (...), indien de rubriek der letsels in betrekkelijk korte tijd ontstaan geheel kon doen verdwijnen door het invoeren van een uniforme verzekering voor alle aandoeningen, ongeacht hun aard en ontstaanswijze”.⁵³

In 1928 werd de Ongevallenwet tevens aangevuld met het nieuwe hoofdstuk ‘Van Beroepsziekten’ (IXa).⁵⁴ Voortaan werden vier beroepsziekten gelijk gesteld met de gevolgen van arbeidsongevallen, namelijk loodvergiftiging, kwikvergiftiging, miltvuur en mijnwormziekte. ⁵⁵ Vanaf 1938 werd de lijst van gedekte beroepsziekten geleidelijk uitgebreid evenals de criteria die hieraan waren verbonden. Zo werd vermoed dat de beroepsziekte door de in de wet genoemde werkzaamheden was veroorzaakt indien deze zich gedurende of spoedig na het beëindigen van de dienstbetrekking had gemanifesteerd. Gebeurde dit (veel) later, dan was het aan de werkmán om het causaal verband tussen zijn letsel en zijn (voormalige) dienstbetrekking aan te tonen.⁵⁶

In de praktijk moest het uitgangspunt dat de Ongevallenwet sociale zekerheid zou bieden aan die gelaedeerde werklíeden, die buiten hun eigen schuld niet of in verminderde mate in hun levensonderhoud konden voorzien, menige werkmán teleur stellen. Het was moeilijk – toen nog meer dan nu – om een ziekte correct te diagnosticeren en aan de hand van een causaal verband te bewijzen dat het ging om een erkende beroepsziekte, zeker indien sprake was van een ziekte met een lange incubatieperiode.⁵⁷ De slachtoffers van evidente maar niet op de lijst geplaatste beroepsziekten konden niet profiteren van het

51 Ongevallenwet van 2 juli 1928, Stb. 1928, 223.

52 Vgl. Bier 1988, p. 36.

53 Wuite 1947, p. 99. Zijn eerste stelling luidde: ‘Uit medisch oogpunt is een wettelijke scheiding tussen ongevalsletsel en ziekte niet verantwoord.’

54 Dit was de codificatie van een conventie georganiseerd door de Internationale Organisatie van de Arbeid betreffende schadeloosstelling van beroepsziekten in 1925.

55 Art. 87b Ongevallenwet.

56 Stbl. 1938, 804.

57 Ter illustratie: Wilhelm Röntgen publiceerde zijn onderzoek naar de naar hem vernoemde straling pas in december 1895, waarna de medische discipline van de diagnostische radiologie zich nog geheel moest ontwikkelen.

wettelijk vermoeden van causaal verband en ervoeren deze lijst als willekeur van de wetgever.⁵⁸

De negatieve gevoelens over de Ongevallenwet namen toe tijdens en vooral ná de Tweede Wereldoorlog. Er ontstond een heftige maatschappelijke discussie over de wenselijkheid om de werknemersverzekeringen te hervormen. (Vanaf deze periode werden werklieden steeds vaker als werknemers aangeduid, wat ik zal navolgen.) Geleidelijk groeide de opvatting dat arbeid een dienst is aan de samenleving, zodat het dan ook de samenleving is die de arbeidsrisico's behoort te dragen. Met andere woorden: de *risque professionnel*-theorie werd geleidelijk verlaten voor het *risque social*-begrip. Vanuit deze overtuiging groeide het aantal voorstanders van de stelling dat de staat aansprakelijk was voor de sociale zekerheid van haar burgers. Ook werd het onderscheid tussen arbeidsgerelateerde letselschade en niet-arbidsgerelateerde letselschade steeds meer ervaren als een ongerechtvaardigd onderscheid, waarbij waarschijnlijk het vele leed en de armoede die in deze tijden van oorlog en economische opbouw werden geleden een rol hebben gespeeld.

Niettemin is de overgang naar een ander systeem langzaam geschied. In de politiek ging het er wisselvallig aan toe: de in 1943 opgerichte Commissie Van Rhijn, die algemene richtlijnen moest opstellen voor de nieuwe sociale zekerheid, gaf de voorkeur aan het gedachtegoed van Beveridge, waarbij iedere burger een basisbedrag zou ontvangen ongeacht de hoogte van zijn bestaansmiddelen of de oorzaak van zijn schade.⁵⁹ In 1947 werd de Gemengde Commissie Van Rhijn ingesteld, die de voorkeur gaf aan een socialezekerheidsstelsel gebaseerd op het minder vergaande Bismarck-model. Hierbij zouden slechts gelaedeerde werknemers een aan de hoogte van het loon gekoppelde uitkering ontvangen. Daarna gingen ook de Sociaal-Economische Raad (SER) en de Sociale Verzekeringsraad zich er mee bemoeien in respectievelijk 1957 en 1960. Zij adviseerden om de ongevallenverzekeringen en de invaliditeitsverzekeringen samen te voegen en zo het '*risque professionnel*' af te schaffen ten gunste van de invoering van een '*risque social*'. Aldus geschiedde in het wetsontwerp van de Wet op de Arbeidsongeschiktheidsverzekering in 1963, dat in 1966 werd aanvaard.⁶⁰ Dit leidde ertoe dat de Ongevallenwet werd afgeschaft in 1967 en gelijktijdig werd vervangen door de Wet op de Arbeidsongeschiktheidsverzekering (WAO). Ook betekende dit het einde van de beperking van de civielrechtelijke aansprakelijkheid van de werkgever voor arbeidsongevallen en beroepsziekten. Er brak een periode aan waarin

⁵⁸ Vgl. Wuite 1947, p. 119-120.

⁵⁹ Hoffmans 1989, p. 78.

⁶⁰ Vgl. Vinke 1997, p. 13-14.

het beroep op deze tot dusver voor de rechtspraktijk zeer weinig relevant gebleken wetsbepaling 7A:1638x oud-BW geleidelijk fors zou toenemen. Dit heeft geleid tot de omvangrijke jurisprudentie van het moderne werkgevers-aansprakelijkheidsrecht, waar in het hierna volgende hoofdstuk uitvoerig op zal worden ingegaan.

3 De civielrechtelijke aansprakelijkheid van de Nederlandse werkgever

3.1 *De introductie van art. 7A:1638x oud-BW (1907)*

Toen kort na 1901 het ontwerp voor een nieuwe Wet op de Arbeidsovereenkomst aan de orde kwam, was in feite de ergste kou rondom de arbeidsongevallen al uit de lucht gehaald door de invoering van de Ongevallenwet in datzelfde jaar. Het wekte in de parlementaire kringen echter ergernis dat Nederland op het gebied van de wettelijke bescherming van de arbeider was achtergebleven; in andere Europese landen, zoals België, Frankrijk en Duitsland was de zorgplicht van de werkgever al verheven tot een wettelijke verplichting op grond van de arbeidsovereenkomst.⁶¹ De invoering van de Wet op de Arbeidsovereenkomst werd daarom aangegrepen als gelegenheid om de civielrechtelijke aansprakelijkheid van de werkgever duidelijk en scherper te regelen. Drucker ontwierp daartoe, naar Duits voorbeeld, artikel 1638x (oud-) BW, wat in 1909 van kracht werd.⁶²

Toch werd de Wet op de Arbeidsovereenkomst pas na felle debatten bereikt.⁶³ Vooral de Tweede Kamerleden De Savornin Lohman en Van de Velde waren wars van overheidsbemoeienis in de civielrechtelijke relatie tussen de werkgever en de arbeider.⁶⁴ De meerderheid van de Tweede Kamer was echter resoluut van mening dat de arbeider als de economisch zwakkere ten opzichte van de werkgever niet in staat was om zonder beschermende wetgeving faire contractsvoorwaarden te bedingen.⁶⁵ De heftige discussies betroffen voornamelijk het voorgestelde art. 1638x (oud-)BW, een belangrijk bestanddeel van

61 Zo wreef Drucker de Tweede Kamer onder de neus dat het voorgestelde artikel 7A:1638x oud-BW reeds 'internationaal gemeen goed, gemeen goed van de geheele beschaafde wereld' was, vgl. Bles 1909, p. 298. Zie bijvoorbeeld de Belgische versie, art. 11 Loi sur le contrat de travail van 10 maart 1900: De veiller, avec la diligence d'un bon père de famille et malgré toute convention contraire, à ce que le travail s'accomplisse dans des conditions convenables au point de vue de la sécurité et de la santé de l'ouvrier, etc. D'observer et de faire observer les bonnes mœurs et les convenances pendant l'exécution du contrat.

62 Staatsblad 1907, 193. Staatsblad 1908, 324 betreft het inwerkingtredingsbesluit.

63 Vgl. Bles 1909, p. 298-325.

64 Vgl. Bles 1909, resp. p. 296-297, 305-306, 298 en 312.

65 Kort samengevat door Bles 1908, p. 4-8.

de Wet op de Arbeidsovereenkomst. Zo werd door verschillende Kamerleden aangevoerd dat er in het geheel geen *noodzaak* was voor een dergelijk artikel, naast de Veiligheidswet, de recente Ongevallenwet en de artikelen 1375 en het nieuwe 1638z (het goed werkgeverschap-artikel) BW, waarop de civielrechtelijke aansprakelijkheid van de werkgever gebaseerd kon worden.⁶⁶ Wat kon art. 1638x (oud-)BW hier aan toevoegen?

Ter verdediging van zijn wetsvoorstel wees Drucker tijdens de parlementaire beraadslagingen in de Tweede Kamer van 22 mei 1906 met nadruk op het feit, dat de rechtspraak tot dan geen civielrechtelijke aansprakelijkheid van de werkgever aan art. 1375 (oud-)BW had ontleend. Hij refereerde daarbij naar de eerder genoemde uitspraak van het Amsterdamse Gerechtshof, waarin de rechter besliste dat “de eenige praestatie, waartoe de huurder van diensten gehouden is, bestaat in de uitbetaling van het overeengekomen loon”.⁶⁷ Zijn medeparlementariër Van Raalte⁶⁸ benadrukte de brede werkingssfeer van art. 1638x BW, welke veel groter zou zijn dan die van de Veiligheidswet en de Ongevallenwet. Het arbeidsovereenkomstenrecht zou zijn werkingssfeer uitstrekken tot alle arbeid in private dienstbetrekking en ook tot die omstandigheden, waarin de Ongevallenwet geen invloed had op de aansprakelijkheid van de werkgever, namelijk:

- schade aan de goederen van de werknemer;
- bij ongevallen veroorzaakt door een misdrijf van de werkgever;
- ten aanzien van hogerbetaalde werknemers⁶⁹ (de rechter was ten aanzien van een dergelijke werknemer wel verplicht om bij het bepalen van de schadevergoeding rekening te houden met de uitkering die aan de werknemer op grond van de Ongevallenwet toekwam; dit was niet bepaald ten aanzien van overige werknemers c.q. arbeiders).

Hieraan was nog een vierde categorie toe te voegen die zeker relevant is, hoewel zij niet door Van Raalte met zoveel woorden werd genoemd: de aansprakelijkheid van werkgevers van niet-verzekeringsplichtige bedrijven.

Ook Van der Zwaag maakte korte metten met het verweer dat art. 1638x (oud-)BW ‘overbodig’ zou zijn en slechts tot het faillissement van vele kleine werkgevers zou leiden:

66 Nog jaren later is door tal van schrijvers betwijfeld of art. 7A:1638x oud-BW naast art. 7A:1638z oud-BW überhaupt nodig was, vgl. Engelhard en Verheyden 1934, p. 198; Molenaar 1957, p. 99 en Van der Grinten 1966, p. 141.

67 WvR 1887, nr. 5546.

68 Bles 1909, p. 302-303.

69 Aanvankelijk lag de grens daarvoor op een loon van vier gulden per dag; in 1921 werd dit opgetrokken tot acht gulden; in 1957 stond het bedrag op negentien gulden per dag, enz.

“Die redeneering komt hierop neer. Wanneer wij voorschrijven, dat alle denkbare maatregelen, om de arbeiders de noodige veiligheid en waarborgen voor hun gezondheid te bezorgen, worden genomen, maken wij misschien een enkel bedrijf onmogelijk. Maar er mag ook wel eens gevraagd worden, wat zal er gebeuren als die maatregelen worden nagelaten? Dan houden wij die bedrijven, maar ten koste van wie? Als die bedrijven moeten worden gedreven onder alle mogelijke voorwaarden voor de veiligheid en gezondheid van de arbeiders, dan loopen zij, volgens de heeren Lohman c.s., het risico van met verlies te moeten werken en heeft men de kans dat die bedrijven verdwijnen. Maar in het omgekeerde geval, als die bedrijven maar mogen worden geëxploiteerd zonder dat alle mogelijke voorzorgsmaatregelen ten bate der arbeiders zijn genomen, wordt het risico op de arbeiders gelegd en waagt men hun gezondheid en leven eraan.”⁷⁰

De Savornin Lohman bracht daar tegen in dat de werkgever niet uit art. 1638x (oud-)BW kon afleiden welke maatregelen hij moest treffen om te voldoen aan de eisen tot beveiliging en inrichting van de werklokalen.⁷¹ Zijn bondgenoot Van de Velde betoogde:

“... hier worden in een soort veiligheidswet eischen gesteld ins Blaue hinein voor 't heel land en voor alle bedrijf, en de werkgever – ook de bestgezinde – zal vooraf onmogelijk kunnen weten aan welke eischen hij heeft te voldoen, maar af moeten wachten of soms ook een actie krachtens dit artikel tegen hem wordt ingesteld en dan zal de rechter uitmaken aan welke eischen hij had behooren te voldoen om vrij uit te gaan. Dit nu gaat niet aan.”⁷²

Dit (nog steeds actuele) argument leidde tot een verhitte discussie over het antwoord op de vraag, *hoever* de zorgplicht van de werkgever ‘redelijkerwijze’ moest reiken. De algemene (maar niet onweersproken) consensus was dat het goed huisvaderschap de norm moest zijn; het moest niet zo gek worden dat de zorgplicht van de Nederlandse werkgever zich ook uitstreckte tot alle mogelijke maatregelen of zelfs tot buitenlandse veiligheidsmaatregelen of productietechnieken.⁷³ Hierop wees De Savornin Lohman echter op het feit dat een beperking van de zorgvuldigheidsnormen tot die van een ‘goed huisvader’ niet uit de bewoordingen van de wettekst volgde. Integendeel, uit de frasering van het voorgestelde art. 1638x (oud-)BW volgde zijn inziens duidelijk, dat de werkgever *alles* moest doen, wat niet door de aard van de arbeid

⁷⁰ Bles 1909, p. 312-313.

⁷¹ Bles 1909, p. 296-297.

⁷² Bles 1909, p. 298.

⁷³ Bles 1909, p. 299. De jurisprudentie heeft het ‘redelijkheids criterium’ inmiddels wél zo ver uitgelegd, zoals met name de asbestindustrie heeft ondervonden.

verboden werd.⁷⁴ Om een dergelijke ongewenste uitleg te voorkomen stelde Van Wijnbergen het naar hem genoemde amendement voor om de woorden ‘als de aard van den arbeid toelaat’ te vervangen door ‘als redelijkerwijze in verband met den aard van den arbeid gevorderd kan worden’.⁷⁵

Hoewel dit amendement werd aangenomen, bleef Van der Zwaag zich tegen een dergelijke enge interpretatie van het ‘redelijkheidsbegrip’ verzetten en was daarmee zijn tijd v r vooruit:

“En wat de voorzitter van de Commissie van Rapporteurs [Drucker, YW] verder aanvoerde, versterkt mij in mijn meening over dit amendement. Hij sprak van een veiligheidsmaatregel, eventueel in het buitenland uitgevonden, maar hier om de kosten bezwaarlijk toe te passen. Welnu, ik wil juist hebben dat zoo’n maatregel, in weerwil van de kosten, toegepast zal worden en dit zal volgens het Regeeringsartikel, zooals het nu luidt, moeten gebeuren. Volgens het Regeeringsartikel zal, als een in het buitenland uitgevonden en practisch deugdelijk bevonden veiligheidsmaatregel niet toegepast wordt, ofschoon de aard van het bedrijf het toeliet, de rechter moeten zeggen: je hebt het mogelijke verzuimd en de arbeider moet schadeloosstelling krijgen. Dat – ik herhaal het, wensch ik juist.”⁷⁶

Ook werd er heftig gedebatteerd over de relatie tussen het voorgestelde art. 1638x (oud-)BW en art. 87 Ongevallenwet (betreffende de civielrechtelijke immuniteit van de werkgever). In navolging van Van Raalte werd besloten dat de Ongevallenwet (behoudens enkele in die wet genoemde uitzonderingen) zou ‘primeeren’, tenzij sprake zou zijn van een onherroepelijke strafrechtelijke veroordeling van de werkgever. Deze suggestie werd gecodificeerd in de Ongevallenwet 1921.⁷⁷

Het laatste punt van intensieve parlementaire discussie aangaande art. 1638x (oud-)BW – ditmaal in de Eerste Kamer – betrof het vraagstuk van de grove schuld in relatie tot de omvang van de schadevergoedingsplicht van de werkgever.⁷⁸ Tijdens de besprekingen in de Tweede Kamer was dit onderwerp nauwelijks aangeroerd. De leden van de Eerste Kamer maakten echter ernstig bezwaar tegen de zinsnede dat een werkgever wegens het niet nakomen van de in het eerste lid opgelegde verplichting tot schadevergoeding verplicht zou zijn, tenzij die schade “in belangrijke mate mede aan grove schuld van den

74 Bles 1909, p. 306.

75 Bles 1909, p. 310-311 en 313-314.

76 Bles 1909, p. 315.

77 Bles 1909, p. 303-317.

78 TK Handelingen 1905-1906, p. 1855.

arbeider is te wijten.” Zij meenden dat uit de voorgestelde wetstekst slechts een bezwaarlijk ‘alles of niets’ ten aanzien van de aansprakelijkheid van de werkgever kon worden afgeleid – was dit de bedoeling van de regering? Hierop antwoordde de regering geruststellend dat de werkgever in het geheel niet tot enige schadevergoeding gehouden was, tenzij hij het eerste lid van de bepaling overtreden had – met andere woorden, dat hem het verwijt ten deel viel dat hij de inrichting van zijn lokalen, werktuigen en gereedschappen niet zodanig had ingericht als redelijkerwijze in verband met de aard van de arbeid van hem mocht worden gevorderd. Bovendien wees zij op het ervaringsfeit dat “van niemand, allerminst van den arbeider bij de dagelijksche verrichting van zijnen arbeid, eene voortdurende, nimmer falende waakzaamheid redelijkerwijze kan worden gevergd en omdat dagelijksche omgang zelfs met gevaarlijke werktuigen onvermijdelijk en van nature eene zekere mate van zorgeloosheid, van schuld, doet ontstaan.”⁷⁹ Het was daarom billijk dat de rechter de verplichting van de werkgever tot het betalen van schadevergoeding slechts bij een ernstige mate van schuld aan de zijde van de arbeider mocht opheffen.

Een proportionele schadevergoeding naar rato van de aansprakelijkheid moest in de verhouding tussen de werkgever en de arbeider afgewezen worden, want:

“ (...) werd de verplichting tot schadevergoeding des werkgevers dus opgeheven door het bewijs van iedere schuld aan de zijde des arbeiders, dan zou die verplichting feitelijk nimmer eenige uitwerking kunnen hebben. Door haar uit te sluiten onder de omstandigheden als in het artikel voorgesteld, wordt zoover gegaan als met eene billijke regeling der wederzijdsche verplichtingen is overeen te brengen. (...) [Dat] zulks strookt met de billijke eischen der practijk, schijnt (...) voor redelijke betwisting niet vatbaar”.⁸⁰

Ten aanzien van de aansprakelijkheidsverdeling wees de regering een ‘alles of niets’-interpretatie van de hand:

“Het tweede lid toch bepaalt wel, wanneer de aansprakelijkheid des werkgevers tot niets zal zijn teruggebracht, doch daaruit volgt geenszins, dat in andere gevallen de schade algeheel moet worden vergoed. Daaromtrent bepaalt het artikel niets, zoodat de algemeene rechtsbeginselen hier van toepassing zullen zijn. Wanneer men nu nagaat, hoe thans vrij algemeen wordt aangenomen, dat de eigen schuld des benadeelden in aanmerking moet worden genomen bij de

79 Bles 1909, p. 320.

80 Bles 1909, p. 320-321.

vaststelling van het bedrag der verschuldigde schadevergoeding, dan ziet men, dat het artikel in werkelijkheid niet geacht kan worden eene toepassing te zijn van het ‘alles of niets’⁸¹.

Een eeuw later kan echter worden geconstateerd dat de jurisprudentie wel degelijk ‘alles of niets’ als uitgangspunt hanteert – en toch blijft de kwestie actueel, bijvoorbeeld ter zake van zowel door blootstelling aan asbest op het werk als door (in de privésfeer) roken veroorzaakte longkanker. Zo is in het arrest Nefalit/Karamus de proportionele aansprakelijkheid van de werkgever wel degelijk doorgedrongen.⁸²

De Eerste Kamer accepteerde de bovengenoemde verklaring van de regering en zo kwam art. 1638x (oud-)BW eindelijk tot stand in 1907.⁸³

Het is interessant om te zien dat de aanloop van art. 1638x bestaat uit twee belangrijke compromissen tussen de werkgevers en de arbeiders. Eén compromis betrof de ‘pacificatie’ van de onrustige verhoudingen tussen werkgevers en arbeiders, waarbij de Ongevallenwet de werkgevers bevrijdde van de civielrechtelijke aansprakelijkheid. Daar tegenover stond wel dat werkgevers voortaan een zware tol in de vorm van een verplichte verzekeringspremie moesten betalen. Het andere compromis, wat eveneens in de Ongevallenwet was neergelegd, ontnam de arbeiders voortaan het recht om de werkgevers voor de rechter te dagen voor ieder arbeidsongeval; maar daar tegenover stond dat zij toch verzekerd waren van financiële opvang. Als basis voor dit alles werd een expliciete, wettelijke civielrechtelijke grondslag voor de aansprakelijkheid van de werkgever voor arbeidsongevallen aanvaard; maar alleen voor zover de Ongevallenwet niet van toepassing was – en die was vrijwel altijd van toepassing.

Het zal dan ook weinig verbazing wekken dat, ondanks de veelbesproken start, art. 7A:1638x oud-BW gedurende de eerste zestig jaar van zijn bestaan een soort ‘verborgen leven’ heeft geleid, juist doordat de civielrechtelijke aansprakelijkheid in zo vergaande mate was uitgeschakeld door de Ongevallenwet.⁸⁴ Meestal werden de vermogensrechtelijke gevolgen van arbeidsongevallen afgedekt door de sociale verzekering (Ongevallenwet), waarvoor de

81 Bles 1909, p. 321.

82 Vgl. HR 17 februari 2006, JA 2006/94, LJN AU6927 (Van Swaay/Heesbeen) en HR 31 maart 2006, JA 2006/81, LJN AU6092 (Nefalit/Erven Karamus).

83 Stb. 1907, 193. Stb. 1908, 324 betreft het inwerkingtredingsbesluit.

84 Dit werd niet anders in de Ongevallenwet 1921 (zie art. 93). Een opmerkelijk consequentie hiervan – zeker gezien vanuit een hedendaags perspectief – is dat de Nederlandse Jurisprudentie over een periode van zestig jaar nauwelijks melding maakt van 1638x-gevallen.

werkgever een premie afdroeg; ten aanzien van zijn aansprakelijkheid was daarmee voor hem de kous af. Zodoende is de jurisprudentie met betrekking tot art. 7A:1638x oud-BW de eerste zestig jaar van zeer beperkte en weinig ophefmakende omvang gebleven.

Wat de beroepsziekten betreft: al in 1911 werden artsen ex art. 82 Arbeidswet verplicht om aangifte te doen van beroepsziekten, dat wil zeggen ziekten ontstaan door de arbeid. Civielrechtelijk was dit echter nauwelijks van betekenis. “De zgn. beroepsziekten zijn een risico voor het bedrijf dat geen grond geeft tot een burgerlijke vordering tot schadevergoeding van den arbeider tegenover den ondernemer.”, meende de Kantonrechter te Amsterdam in 1922.⁸⁵ Nadat echter in 1928 ook beroepsziekten onder de werking van de Ongevallenwet waren gebracht, keerde het tij. In 1935 kwam dezelfde rechterlijke instantie tot het inzicht dat onder gevaar voor ‘lijf’ ook diende te worden begrepen het gevaar van beroepsziekten die door goed toegepaste technische middelen konden worden voorkomen, zoals stoflong.⁸⁶ Deze uitspraak kreeg algemene navolging.

3.2 Van 7A:1638x oud-BW naar 7:658 NBW

De overheveling van titel 7A (de arbeidsovereenkomst) van het oude Burgerlijk Wetboek naar titel 7.10 van het Nieuw Burgerlijk Wetboek in 1 april 1997 had een mooi moment kunnen zijn om stil te staan bij de vraag of Nederland met de in de voorgaande paragrafen genoemde civielrechtelijke en sociaalzekerheidsrechtelijke ontwikkelingen op de goede weg was. Moest met de invoering van art. 7:658 BW een definitieve stap worden gezet naar een volledige risicoaansprakelijkheid van de werkgever of behoorde diens civielrechtelijke verantwoordelijkheid juist meer te worden beperkt?⁸⁷

Helaas is dit debat bij gelegenheid van de Vaststellingswet niet gevoerd. Wijzigingen van politieke aard werden bewust buiten de revisie van titel 7.10 gehouden om te voorkomen dat de parlementaire behandeling daarvan ongewenste vertraging zou ondervinden.⁸⁸ Om deze reden had de wetgever

85 Ktr. Amsterdam, 27 november 1922, NJ 1923, 169 (Glasbergen/Knottenbelt); zie voorts Geers 1988, p. 59.

86 Ktr. Amsterdam 29 maart 1935, NJ 1935, 1293 (Valies/Simplex); Molenaar 1957, p. 100.

87 Het wetsontwerp van art. 7:658 BW is oorspronkelijk gebaseerd op het voorontwerp van Levenbach zoals dat in de eindredactie van De Jong is gepubliceerd in 1972. Hierin droeg het ‘nieuwe’ art. 7A:1638x oud-BW de voorlopige nummering 7.20.4.2. Vervolgens heeft de SER zich over het voorontwerp gebogen en een advies uitgebracht, waarin art. 7A:1638x oud-BW is vernummerd tot 7:652 BW. Pas bij de definitieve vaststelling is aan art. 7A:1638x oud-BW de nummering 7:658 BW toebedeeld.

88 TK 1994-1995, 23 438, nr. 5, p. 2.

destijds geen ambitie om veel verder te gaan dan een marginale technisch-juridische herziening van de bestaande regeling, opgeluisterd met wat taalkundige franje.⁸⁹

De technische herziening heeft betrekking op drie aspecten, namelijk het in- en aanpassen van titel 7A aan het Nieuw Burgerlijk Wetboek qua materiële inhoud en formulering, het schrappen van verouderde bepalingen en het streven om de tekst doorzichtiger en beter leesbaar te maken door meer beknopte formuleringen en helder en consistent woordgebruik.⁹⁰ Ten aanzien van de juridische herziening heeft de wetgever zich behoudend opgesteld door het bestaande recht overwegend te handhaven. Ik zal de belangrijkste wijzigingen hieronder kort de revue laten passeren.

In het eerste lid van art. 7:658 BW zijn de oude frases ‘regelingen’, ‘gevaar voor lijf, eerbaarheid en goed’ en ‘als redelijkerwijze in verband met den aard van den arbeid gevorderd kan worden’ aangepast tot respectievelijk ‘maatregelen’, ‘om te voorkomen dat de werknemer in de uitoefening van zijn werkzaamheden schade lijdt’ en ‘als redelijkerwijze nodig is om te voorkomen dat’. Hiermee is de essentie verlegd van bescherming tegen gevaar naar preventief optreden door de werkgever, getoetst naar de ‘state-of-the-art’ technische, wetenschappelijke en economische normen. De consequentie van deze wijziging is dat de werkgever niet langer wordt afgerekend op wat hij hééft gedaan, maar wat hij had *kunnen* doen. Dit legt indirect een veel zwaardere taak op de werkgever ten aanzien van bijvoorbeeld zijn onderzoeksplicht naar bedrijfsrisico's. Deze wijziging is door de wetgever wel heel gemakkelijk afgedaan als ‘een strakkere lijn’.⁹¹

In het tweede lid kan de belangrijkste verandering worden gevonden, namelijk de omkering van de bewijslastverdeling. Voortaan dient de werknemer te stellen en, indien betwist, aan te tonen dat hij schade heeft geleden in de uitoefening van zijn werkzaamheden; maar hij hoeft niet langer de *schuld* van de werkgever aan te tonen.⁹² Het is nu aan de werkgever om te bewijzen dat hem ter zake geen blaam treft, bijvoorbeeld omdat hij heeft voldaan aan de op hem rustende veiligheidsverplichtingen of omdat de schade in belangrijke mate het gevolg is geweest van opzet of bewuste roekeloosheid van de werknemer. Indien de werkgever in deze bewijslast faalt, is hij aansprakelijk voor de schade van de werknemer. Dit is echter niet meer dan een codificatie van

⁸⁹ TK 1993-1994, 23 438, nr. 3, p. 1.

⁹⁰ TK 1993-1994, 23 438, nr. 3, p. 2.

⁹¹ TK, 1993-1994, 23 438, nr. 3, p. 38-39 (MvT).

⁹² Hoewel er natuurlijk ook niets op tegen is om de schuld van de werkgever aan te tonen, indien dat mogelijk is.

uitgebreide, consistente en algemeen aanvaarde jurisprudentie die vooral is gebaseerd op het arrest Rijnberg/Speerstra's Heibedrijf.⁹³

Het begrip 'grove schuld' is vervangen door 'opzet of bewuste roekeloosheid'. Hiermee is aansluiting gezocht bij de terminologie van de Wet op de Arbeidsongeschiktheidsverzekering.

Het derde lid vermeldt niet langer de term 'overmacht'. Onder overmacht verstond de wetgever de situatie waarin de niet-nakoming van art. 7A:1638x lid 1 oud-BW te wijten is aan een niet toerekenbare onmogelijkheid om de zorgplicht van een werkgever na te komen.⁹⁴ Het begrip is echter niet overgenomen in de redactie van het nieuwe artikel 7:658 BW omdat het in de rechtspraktijk van verwaarloosbare betekenis is gebleken.⁹⁵

Verder bepaalt lid 3 dat niet ten nadele van de werknemer kan worden afgeweken van het eerste en tweede lid van ditzelfde artikel, noch van wat in titel 3 van boek 6 is geregeld over de aansprakelijkheid van de werkgever. Hiermee is tegelijkertijd het vierde lid van art. 7A:1638x oud-BW vervangen, dat bepaalde dat elk beding, waardoor de verplichtingen van de werkgever zouden worden uitgesloten of beperkt, nietig is.

Na de voorzichtige 'poetsbeurt' van 1997 in het kader van de introductie van het Nieuw Burgerlijk Wetboek wordt het inmiddels hoog tijd, dat art. 7:658 BW inhoudelijk serieus tegen het licht wordt gehouden. Dit komt aan de orde in het volgende hoofdstuk.

4 De WAO (1967)

4.1 Historische achtergrond

Na de economische crisis in de jaren dertig en de Tweede Wereldoorlog was het Nederlandse maatschappelijke en politieke klimaat rijp gemaakt voor een beleid van omvangrijke sociale zekerheid. De in Londen gezetelde regering gaf daarom de Commissie Van Rhijn opdracht om een nieuwe grondslag voor de sociale zekerheid te formuleren. In 1945 publiceerde deze Commissie

93 HR 25 juni 1982, NJ 1983, 151, LJN AG4420 (Rijnberg/Speerstra), waarin de Hoge Raad bepaalde dat de rechter de bewijslast geheel of gedeeltelijk op de werkgever mag leggen indien hij op grond van de omstandigheden van het geval vermoedens koestert die deze 'verschuiving' rechtvaardigen.

94 Bles 1909, p. 294 en 300.

95 Bier & Geers 1991, p. 158 en Bolt & Spier 1996, p. 88.

haar rapport, waarin zij stelde: “De gemeenschap, georganiseerd in de staat, is aansprakelijk voor de sociale zekerheid en vrijwaring tegen gebrek van al haar leden, op voorwaarde, dat deze leden zelf het redelijke doen om zich die sociale zekerheid en vrijwaring tegen gebrek te verschaffen.”⁹⁶ Het opmerkelijk van dit citaat is dat dit destijds voornamelijk werd uitgelegd als een verplichting van de staat om te zorgen voor sociale zekerheid; het wederkerig karakter wat er even zeer uit spreekt, werd vergaand genegeerd. Of, in de meer recente woorden van Barentsen: “Niet de werkgever, maar de staat is in de eerste plaats verantwoordelijk voor arbeidsongeschiktheid.”⁹⁷

In overeenstemming met deze tijdsgeest concludeerde de Commissie dat de verschillen tussen de Invaliditeitswet en de Ongevallenverzekering niet (langer) moreel gerechtvaardigd waren. De achtergrond voor dit standpunt lag in de nog verse herinneringen aan de Tweede Wereldoorlog, waarin vele werknemers door allerlei trieste gebeurtenissen, ook buiten de arbeidsomstandigheden om, arbeidsongeschikt en behoeftig waren geworden. In het sociale gevoel wat daarna in de periode van landelijke heropbouw ontstond, in de geest van ‘wij zijn er om elkaar te helpen’, werd het onredelijk en oneerlijk geacht om financiële consequenties te verbinden aan de oorzaak van de arbeidsongeschiktheid waardoor de ene, als gevolg van zijn arbeid gelaedeerde werknemer beter af zou zijn dan de andere werknemer met vergelijkbaar letsel door een niet-arbeidsgerelateerde oorzaak – dat deed aan de behoeftigheid van de persoon in kwestie niets af. Hetzelfde standpunt bracht ook de Sociaal-Economische Raad ertoe om een integratie van de Invaliditeitswet en de Ongevallenwet te bepleiten.⁹⁸ Zo kwam in 1967 uiteindelijk de Wet op de Arbeidsongeschiktheidsverzekering (WAO) tot stand.⁹⁹ Vanuit deze achtergrond kwamen, in een golf van wetgeving, ook andere sociaalzekerheidsrechtelijke wetten tot stand: bijvoorbeeld de Algemene Ouderdomswet (AOW), de Werkloosheidwet (WW), de Algemene Weduwen en Wezenwet (AWW), de Algemene Kinderbijslagwet (AKW) en de Algemene Bijstandswet (ABW). Deze wetten vormen samen de basis van de moderne verzorgingsstaat.

De invoering van de WAO had twee belangrijke gevolgen. Ten eerste betekende de risqué social-grondslag van de nieuwe WAO een drastische uitbreiding van de werkingssfeer. Waar de Ongevallenwet alleen soelaas had geboden voor werknemers die als een gevolg van hun werkzaamheden arbeidsongeschikt

⁹⁶ Commissie Van Rhijn II 1945, p. 10.

⁹⁷ Zie Barentsen 2003. Barentsen refereert in deze stelling bij zijn proefschrift echter naar de huidige inrichting van de zorgstaat.

⁹⁸ SER 1957.

⁹⁹ St. 1966, 84, herplaatst in Stb. 1999, 23. Meer hierover: Pennings 2000. Zie ook Jaspers e.a. 2001, p. 25-40.

waren geworden (*risque professionnel*), was de ontstaansoorzaak van de arbeidsongeschiktheid irrelevant voor de toepasselijkheid van de WAO. Deze koerswijziging is nog steeds een kenmerkende afwijking van het Nederlandse stelsel van sociale zekerheid ten aanzien van de ons omringende landen, die (nog steeds) het *risque professionnel* hanteren.

Ten tweede betekende de gelijktijdige opheffing van de Ongevallenwet dat de beperking van de civielrechtelijke aansprakelijkheid van de werkgever voor arbeidsongevallen en beroepsziekten was vervallen. Daarmee eindigde het ‘verborgen leven’ van art. 7A:1638x oud-BW en brak een periode aan waarin het beroep op deze wetsbepaling geleidelijk fors zou toenemen. Zoals hierna nog duidelijk zal worden, heeft vooral de verschraling van de sociale zekerheid de omvangrijke jurisprudentie van het moderne werkgeversaansprakelijkheidsrecht, waar in het hierna volgende hoofdstuk uitvoerig op zal worden ingegaan, in de hand gewerkt. De toenemende ongedekte restschade forceert hierin vermoedelijk de hand van de werknemer.

Tot slot is het aardig om te constateren uit de totstandkominggeschiedenis van zowel de Ongevallenwet als de WAO dat het risico op arbeidsongeschiktheid als gevolg van een arbeidsongeval of beroepsziekte algemeen werd gezien als een onwenselijk maar inherent aspect van het ‘moderne’ productieproces. Toch werden aan deze conclusie zeer verschillende consequenties verbonden. De Ongevallenwet kwalificeerde een arbeidsongeval of een beroepsziekte als een bedrijfsrisico wat als vanzelfsprekend voor rekening van de verantwoordelijke werkgever c.q. diens verzekeraar diende te komen. De WAO plaatste echter de nadruk op de maatschappelijke betekenis van een onderneming, met als consequentie dat de arbeidsongeschiktheid van de werknemers collectief moest worden gedragen. De Wet Werk en Inkomen naar Arbeidsvermogen (WIA), waarmee de WAO is vervangen, legt echter weer meer (financiële) verantwoordelijkheid voor de arbeidsongeschiktheid van de werknemer bij de werkgever. Zo is de cirkel na een eeuw weer rond.

4.2 *Gedeeltelijke opheffing*

Met ingang van 1 januari 2006 is de WAO ten aanzien van ‘nieuwe gevallen’ vervangen door de WIA. Er blijft derhalve nog een groep arbeidsongeschikte werknemers over voor wie de WAO relevant blijft.

4.3 *Inhoudelijk*

De toegang tot de WAO is per 30 december 2004 afgesloten voor nieuwe gevallen. Hierdoor zal de betekenis van deze wet geleidelijk afnemen naar-

mate de WAO-gerechtigden in de loop der tijd de 65-jarige leeftijd bereiken, voor dit moment overlijden of bij strengere herkeuringen als minder dan 15% arbeidsongeschikt worden geclassificeerd. (Alleen WAO-gerechtigden, die op 1 juli 2004 jonger waren dan 50 jaar, worden herkeurd).

‘Arbeidsongeschikt’ in de zin van de WAO betekent dat de werknemer vanwege objectieve medische factoren geheel of gedeeltelijk niet meer in staat is om met algemeen geaccepteerde arbeid het inkomen te verdienen wat een gezonde, met hem te vergelijken persoon (maatman) verdient.¹⁰⁰ Daarbij wordt rekening gehouden met de krachten en de bekwaamheden van de arbeidsongeschikte werknemer.

De kring van WAO-gerechtigden betreft de groep van werknemers jonger dan 65 jaar met een arbeidsongeschiktheidspercentage van minimaal 15%, dat wil zeggen een verlies van verdien capaciteit van minimaal 15%.¹⁰¹ Het arbeidsongeschiktheidspercentage is daardoor geen medisch maar een financieel begrip. Wie minder dan 15% arbeidsongeschikt is, is daarom niet arbeidsongeschikt zijn in de zin van de WAO.

De mate van arbeidsongeschiktheid werd berekend door een vergelijking te maken tussen het inkomen wat de arbeidsongeschikte nog met zijn resterende verdien capaciteit kon verdienen (restcapaciteit of restinkomen) en het maatmaninkomen (ook wel: verdien capaciteit). Hiervoor moest eerst een wachttijd van 104 weken vanaf de eerste dag van arbeidsongeschiktheid worden overbrugd. Het resultaat correspondeerde met de indeling in een van de zeven klassen van WAO-aanspraak:

Arbeidsongeschiktheidsklasse	Uitkeringspercentage dagloon
15-25%	14%
25-35%	21%
35-45%	28%
45-55%	35%
55-65%	42%
65-80%	50,75%
80-100%	70%

Om een voorbeeld te geven, ontleend aan dit schema: wie voor 50% arbeidsongeschikt is bevonden (de klasse van 45-55%), ontvangt 35% van het wet-

¹⁰⁰ Art. 18 WAO. Zie ook CRvB 19 maart 1993, RSV 1993, 214 en Jansen 1997, p. 2 e.v.

¹⁰¹ Zelfstandigen en jonggehandicapten kennen hun eigen regelingen in de vorm van de WAZ en de WAJONG (die in dit werk verder geheel buiten beschouwing worden gelaten).

telijk dagloon.¹⁰² Het systeem van categorieën ('klassen') is evident niet erg nauwkeurig ten aanzien van het individu. Aan de andere kant biedt een verdeling in zeven categorieën toch een redelijke en daarnaast ook praktische benadering.

De formule van deze berekening, uitgaand bij wijze van voorbeeld van een maatmaninkomen van € 25 en een restuurloon van € 10, is als volgt:

$$\frac{\text{minimumuurloon (€ 25)} - \text{restuurloon (€ 10)}}{\text{maatmanuurloon (€ 25)}} \times 100\% = 60\% \text{ van het wettelijk dagloon}$$

Voor het deel wat de arbeidsongeschikte werknemer werkloos is, kan hij een beroep doen op de werkloosheidswetgeving. Voor zover de WW-uitkering ook loongerelateerd is, kan de gedeeltelijk arbeidsongeschikte en werkloze werknemer in totaal niet meer ontvangen dan 70% van het wettelijk dagloon. Daarna wordt de situatie echter aanmerkelijk minder gunstig wanneer hij terecht komt in de niet-loongerelateerde vervolgutkering van de arbeidsongeschiktheids- of werkloosheidsuitkering. In het huidige arbeidsklimaat is het helaas uitgesproken moeilijk om als gedeeltelijk arbeidsongeschikte werkzoekende aan een baan te komen; uit onderzoek blijkt dat slechts enkele percenten van deze groep hierin slaagt.¹⁰³ De Wet op de Reïntegratie Arbeidsgehandicapten (REA) was specifiek bedoeld om de arbeidskansen van deze groep te bevorderen. Maar in de praktijk bleek deze wet echter weinig te bieden en werd daarom afgeschaft.¹⁰⁴ Men kan zich echter afvragen hoe reëel of rechtvaardig het is om een gedeeltelijk arbeidsongeschikte werknemer, die geheel of gedeeltelijk werkloos is en daarnaast ook nog met medische problemen kampt, in dezelfde uitgangspositie te plaatsen als een gezonde werkloze.

Hiermee is echter al vooruitgelopen op het vervolgtraject van de WAO, namelijk het vervolgslagloon. Afhankelijk van de leeftijd van de arbeidsongeschikte werknemer wordt zijn loondervinguitkering van minimaal zes maanden en maximaal zes jaar opgevolgd door de vervolgutkering. De hoogte van het vervolgslagloon is minimaal gelijk aan het wettelijk minimumloon, wat per 1 januari 2009 is vastgesteld op € 1.381,20 per maand voor een 23-jarige en ouder. Indien het slagloon wat de arbeidsongeschikte werknemer vóór zijn arbeidsongeschiktheid gemiddeld per dag kon verdienen op basis van een

¹⁰² Art. 9 lid 1 CSV jo. art. 13 lid 1 WAO.

¹⁰³ Stichting van de Arbeid 2007, p. 2. Vgl. ook Olsthoorn 2008, p. 2.

¹⁰⁴ De meeste regelingen uit de wet REA blijven bestaan, maar worden opgenomen in andere wetten (de WIA, WAO, Wajong, WAZ en Ziektewet). Slechts wie voor 29 december 2005 al arbeidsgehandicapt was, kan zolang nodig gebruik maken van de regelingen uit de wet REA; anderen vallen onder de voor hen geldende nieuwe regeling. Vgl. Stb. 1998, 290.

vijfdaagse werkweek hoger is dan het wettelijk minimumloon, wordt voor het vaststellen van het vervolgdagloon het minimumloon verhoogd met een percentage van het verschil tussen het dagloon en het minimumloon. Hier wordt echter wel een beperking aan gesteld: hoe hoog het dagloon feitelijk ook was (afgezien nog van alle bijkomstige fooien, bonussen, vergoedingen et cetera, die in de regel niet meetellen), voor de berekening van het vervolgdagloon wordt nooit van meer uitgegaan dan het wettelijk maximumdagloon, wat in 2009 € 183,15 bedraagt. Het percentage wordt vastgesteld door het verschil tussen het 15^e levensjaar van de arbeidsongeschikte werknemer en zijn leeftijd op het moment dat zijn WAO-uitkering inging te vermenigvuldigen met twee. In het beste geval ontvangt de werknemer dan een uitkering die gelijk is aan het wettelijk dagloon (65 jaar min 15 jaar is 50; 50 vermenigvuldigd met 2 geeft 100%).

In de praktijk komt het in essentie hierop neer: arbeidsongeschikte werknemers met een minimumloon voorafgaand aan het intreden van hun arbeidsongeschiktheid lijden geen belangrijke inkomstenderving als gevolg van een WAO-aanspraak. Ook in het vervolgdagloontraject ontvangen zij nog nagenoeg hetzelfde inkomen. Werknemers met hoge inkomens weten zich dikwijls tegen financiële perikelen als gevolg van potentiële arbeidsongeschiktheid te beschermen met aanvullende regelingen in de arbeidsovereenkomst of in de CAO. Het is daardoor vooral de arbeidsongeschikte werknemer die qua loon in de ‘middenmoot’ valt, niet in het bezit is van geweldige arbeidsvoorwaarden en wordt getroffen door langdurige arbeidsongeschiktheid, die financieel ernstig kan lijden onder een onverzekerd ‘WAO-gat’.

4.4 Van WAO naar WIA

De ruimhartigheid waarmee het moderne stelsel van sociale zekerheid na de Tweede Wereldoorlog werd begiftigd, heeft haar later opgebroken. Al in 1976 waarschuwde Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid Veldkamp – en na hem ook de Ministers Albeda¹⁰⁵ en De Graaf¹⁰⁶ – voor de ongeremde groei van de Nederlandse sociale zekerheid, veroorzaakt door onder andere de complexiteit, diversiteit en ondoorzichtigheid van de regelgeving, de almaar stijgende kosten en het gebleken onvermogen van de overheid om deze kosten te beheersen.¹⁰⁷ Het sociaalzekerheidsrechtelijke beleid moest

¹⁰⁵ TK 1978-1979, 15 650, nr. 1, p.1. Zie ook Jaspers 2001, p. 37.

¹⁰⁶ TK 1981-1982, 17 475, nr. 2, waarvan met name p. 20 de motivering voor een herziening van de sociale zekerheid betreft.

¹⁰⁷ Veldkamp 1976.

voortaan gericht zijn op financiële inkrimping en verbeterde beheersing van de uitgaven.¹⁰⁸

Vooral de WAO was in dit licht een grote boosdoener vanwege de inherente financiële onbeheersbaarheid van deze regeling. Dit werd nog verder in de hand gewerkt door de vondst van werkgevers dat de WAO dé oplossing was voor het goedkoop ‘wegwerken’ van de oudere en gedeeltelijk arbeidsongeschikte werknemer die weinig kans meer maakte op de arbeidsmarkt. In de praktijk werd zo’n persoon ruimhartig als volledig arbeidsongeschikt afgekeurd, waarna hij tot zijn 65^{ste} een riant loongerelateerde arbeidsongeschiktheidsuitkering mocht ontvangen en tevens werd vrijgesteld van een sollicitatieverplichting.

De wens van de regering om het volume van arbeidsongeschikten te beperken en daarmee meer grip te krijgen op de kosten van de WAO leidde tot twee belangrijke wijzigingen van deze wet.¹⁰⁹ Ten eerste werd in 1987 een einde gemaakt aan de praktijk van de verdiscontering van de werkloosheid in de WAO-uitkering. Dit betekende dat de gedeeltelijk arbeidsongeschikten voor het deel wat zij nog wél arbeidsgeschikt waren, zich (tevens) moesten wenden tot de werkloosheidsregelingen. Ten tweede werd in 1993 met de Wet terugdringing beroep op arbeidsongeschiktheidsverzekeringen (TBA) het arbeidsongeschiktheids criterium aangescherpt om zo het volume van arbeidsongeschikten (zij het op kunstmatige wijze) terug te dringen. Ook werd een periodieke herkeuring ingevoerd en werd het maximale uitkeringsniveau teruggeschroefd van 80% naar 70% van het laatstverdiende (gemaximeerde) loon.

In 1993 adviseerde de Commissie Buurmeijer op verzoek van de regering dat de kosten van de WAO nog beter in de hand konden worden gehouden door onder meer de Ziektewet vergaand te privatiseren, bijvoorbeeld door de loondoorbetalingverplichting bij ziekte van de werkgever te verlengen tot 52 weken. Hiermee werd een begin gemaakt met de invoering van de Wet Terugdringing Ziekteverzuim (Wet TZ) op 1 januari 1994: de 70% van het doorbetaalde loon gedurende de eerste zes weken ziekteverzuim konden werkgevers voortaan niet meer declareren bij de instanties die de Ziektewet uitvoerden. Door werkgevers te verplichten voortaan zelf deze financiële last te dragen, hoopte de wetgever te bewerkstelligen dat zij een meer ‘persoon-

¹⁰⁸ TK 1978-1979, 15 650, nr. 1, p.1 en TK 1981-1982, 17 475, nr. 2, waarvan met name p. 20 de motivering voor een herziening van de sociale zekerheid betreft. Zie ook Jaspers 2001, p. 37.

¹⁰⁹ Voor een meer uitvoerig overzicht zie Kieviet & Pennings 1996, p. 300 e.v.

lijk' belang zouden ervaren in het verminderen van ziekteverzuim op hun werkvloer en zich meer zouden inspannen om de arbeidsomstandigheden te verbeteren. Het meeste ziekteverzuim is immers slechts van korte duur, zodat daar veel belastinggeld te besparen valt.

Werkgevers konden zich echter wel bij een private verzekeraar verzekeren tegen verwezenlijking van dit risico tegen een premie die afhankelijk was van het ziekteverzuim in de eigen onderneming. Dit kwam effectief neer op (een begin van) het verschuiven van collectieve naar private lasten. Daarmee was de introductie van de 'privatisering' van de Ziektewet een feit geworden. Geleidelijk aan werd de Ziektewet steeds verder geprivatiseerd. Uiteindelijk leidde deze ontwikkeling tot de invoering van de Wet uitbreiding loondoorbetalingsplicht bij ziekte (Wulbz) op 1 maart 1996.¹¹⁰ Deze wet verplichtte werkgevers om het loon een geheel jaar door te betalen aan arbeidsongeschikte werknemers.

Geleidelijk werd ook de hoogte van de WAO-uitkering gereduceerd: in 1985 was dit nog 75%, een jaar later nog maar 70%. Het hierdoor ontstane 'WAO'-gat werd voor circa 80% van werknemers geheel of gedeeltelijk gedicht door middel van private aanvullingen (bijvoorbeeld contractueel, op basis van de individuele arbeidsovereenkomst, op eigen initiatief en kosten van de werknemer of op grond van een CAO), waardoor opnieuw een deel van de kosten van de sociale zekerheid werd verschoven naar de particuliere verzekeringsmarkt.¹¹¹

Ook het advies om meer nadruk te leggen op de reïntegratie van (gedeeltelijk) arbeidsongeschikte werknemers vond – en vindt – een zeer willig oor bij de wetgever, zoals blijkt uit de invoering van bijvoorbeeld de (inmiddels weer afgeschafte) Wet Premiedifferentiatie en marktwerking bij arbeidsongeschiktheidsverzekeringen (Pemba, 1998).¹¹² De Wet (re)integratie arbeidsgehandicapten (REA)¹¹³, de invoering van art. 7:658a BW in het kader van de Wet verbetering poortwachter¹¹⁴ en de Regeling procesgang eerste ziektejaar (Rpez)¹¹⁵, die zich allen richten op de herinschakeling van de zieke werknemer in zijn eigen of in passende arbeid, passen eveneens in dit stramien.

¹¹⁰ Wet van 8 februari 1996, Stb. 1996, 134, in werking getreden per 19 februari 1996. Zie TK 2002-2003, 28 629 en 24 439. Vgl. Commissie Buurmeijer 1993, p. 415 e.v.

¹¹¹ Vgl. Goudswaard 2000, p. 442 en 447. Zie ook Klosse & Vonk 2000, p. 189-248.

¹¹² Stbl. 1997, 175. Vgl. Driessen 1997, p. 312-317.

¹¹³ Wet van 23 april 1998, Stb. 1998, 290, in werking getreden per 1 juli 1998 en afgeschaft per 28 december 2005.

¹¹⁴ Wet van 29 november 2001, Stb. 2001, 628, in werking getreden per 13 december 2001.

¹¹⁵ Regeling van de Staatssecretaris van Sociale Zaken en Werkgelegenheid van 25 maart 2002, Stcrt. nr. 60, p. 11.

Twee andere drastische tactieken van de regering, namelijk om zowel het IAO-verdrag 121 als deel VI van de Europese Code inzake sociale zekerheid op te zeggen in respectievelijk 1997 en 1998 hebben de eindstreep niet gehaald. De regering beoogde daardoor niet langer gebonden te zijn aan de verdragrechtelijke voorwaarden ten aanzien van hogere uitkeringseisen voor werknemers die het slachtoffer zijn geworden van een arbeidsongeval of een beroepsziekte. De Tweede Kamer zag dit echter als een uiting van Europees-sociaalzekerheidsrechtelijke armoede en wenste daar niet aan mee te werken.¹¹⁶ Het is echter de vraag of het Nederlandse sociaalzekerheidsrecht niet nu al zo karig is, dat het een verdragrechtelijke toetsing niet zou kunnen doorstaan. Dit komt nader aan de orde in hoofdstuk 6 paragraaf 5.

Rond de laatste eeuwwisseling ontvouwde de Commissie Donner uitgebreide suggesties voor een nog verdergaande herziening van de sociale zekerheid.¹¹⁷ Deze plannen beoogden in essentie om een onderscheid te maken tussen de categorie van duurzaam, zwaar arbeidsongeschikten en die van gedeeltelijk arbeidsongeschikten. Zo zou de eerste groep recht hebben op een relatief hoge WAO-uitkering. Aan de tweede groep zou een lager uitkeringsniveau worden toebedeeld, tenzij sprake zou zijn van arbeidsgerelateerde letselschade. In dat geval zou aan deze arbeidsongeschikten een even hoge uitkering als bij volledige arbeidsongeschiktheid worden uitgekeerd. Voor de slachtoffers van een duidelijk risqué professionnel had de Donner-commissie een verplichte werkgeversverzekering tegen arbeidsongevallen en beroepsziekten in gedachten, in overeenstemming met de Nederlandse IAO-verplichtingen (waar op dit punt tot op heden dus niet aan wordt voldaan). Deze verzekering zou een extra, aanvullende uitkering ('Extra Garantieregeling Beroepsrisico's') moeten verstrekken bij arbeidsongevallen en een in het leven te roepen lijst van 'erkende' beroepsziekten.¹¹⁸ In samenhang hiermee bepleitte de Commissie Donner om de civiele werkgeversaansprakelijkheid ex art. 7:658 BW af te schaffen, omdat dit verder 'overbodig' zou zijn; de verzekerde werkgever zou daarna net als zijn Belgische collega 'immuun' zijn voor aansprakelijkheidsclaims van zijn gelaedeerde personeel.¹¹⁹ Zo zouden, in de optiek van de Commissie, ook gelijktijdig de 'Amerikaanse toestanden' in het claimedrag van gelaedeerde werknemers een halt worden toegevoerd, de dreigende onverzekerbaarheid

116 Vgl. Pennings 2000, p. 40-41.

117 Vgl. Waterman 2001, p. 17 e.v.; kort daarna in gelijke zin Adviescommissie Arbeidsongeschiktheid 2001, p. 136.

118 Nederland kent niet zo'n lijst van erkende beroepsziekten, hoewel art. 8 van het geratificeerde IAO-verdrag nr. 121 ('Employment Injury Benefits Convention 1964') Nederland daartoe verplicht.

119 Adviescommissie Arbeidsongeschiktheid 2001, p. 135.

van de werkgeversaansprakelijkheid worden voorkomen, et cetera. (In hoofdstuk 6 wordt in meer detail op deze voorstellen ingegaan.)

De voorstellen om de WAO te herzien – in de publieke opinie omschreven als ‘uitkleden’ – leidden tot grootschalige maatschappelijke beroering. Dit werd nog verder aangewakkerd door de SER-rapporten ‘Werken aan arbeidsgeschiktheid’¹²⁰ (2002) en ‘Verdere uitwerking WAO-beleid’¹²¹ (2004). Desondanks zijn de adviezen in deze rapporten voor een belangrijk deel geïmplementeerd: zo is, in overeenstemming met het advies van 2002, de loondoorbetalingverplichting bij arbeidsongeschiktheid per 1 januari 2004 verlengd naar twee jaar op grond van de Wet verlenging doorbetalingsverplichting bij ziekte (WVLBZ). Hiermee beoogde de wetgever dat werkgevers geprikkeld zouden worden tot meer preventiebeleid op het gebied van ziekteverzuim.¹²² De wettelijke verplichting om tenminste het minimumloon te betalen is echter niet verlengd tot het tweede ziektejaar. De reductie in het loonpercentage moet ook de werknemer ertoe aanzetten om preventie van arbeidsongeschiktheid (meer) serieus te nemen, zo spoedig mogelijk zijn arbeid opnieuw op te pakken en zo zelf in zijn levensonderhoud te voorzien.

Ook stelde de SER onder meer voor om de ‘nieuwe’ WAO alleen toegankelijk te maken voor werknemers die duurzaam volledig arbeidsongeschikt zijn. Werknemers met lichte arbeidsbeperkingen voor wie geen inkomensregeling geldt, dienden zoveel mogelijk in dienst te blijven, hetzij bij hun eigen werkgever, hetzij bij een andere werkgever. Een regeling op basis van risqué professionnel of een verplichte werkgeversverzekering, zoals door de Commissies Donner was voorgesteld, achtte de SER niet noodzakelijk. Pas bij het zogenaamde Najaarsakkoord van 5 november 2004 tussen het kabinet en de Stichting van de Arbeid (waarin de centrale organisaties van werkgevers en werknemers zijn vertegenwoordigd) keerde de rust in enige mate terug. In dit Najaarsakkoord werden de grondlijnen overeengekomen voor een nieuwe wet ter vervanging van de huidige WAO. Ingrijpende veranderingen, zoals de invoering van een risqué professionnel, bleven daarbij achterwege. Deze nieuwe wet is vanaf 1 januari 2006 van kracht geworden onder de naam Wet Werk en Inkomen naar Arbeidsvermogen (WIA). De WIA is vooral gericht op de bevordering van werkhervatting en bevat daartoe een aantal financiële prikkels en instrumenten die in de hierna volgende paragrafen zullen worden toegelicht.

¹²⁰ SER 2002.

¹²¹ SER 2004.

¹²² Vgl. TK 2002-2003, 28 629 het wetsvoorstel Verlenging van de loondoorbetalingsverplichting van de werkgever bij ziekte (Wet verlenging loondoorbetalingsverplichting bij ziekte).

4.5 *Overgangsrecht*

De WIA is alleen van toepassing op ‘nieuwe’ gevallen: werknemers die arbeidsongeschikt raken op en vanaf 1 januari 2004. De oude WAO blijft van toepassing op werknemers die voor deze datum al in de WAO ‘zitten’, hoewel kan worden opgemerkt dat de arbeidskundige criteria bij de WAO-(her-)keuringen de laatste jaren aanmerkelijk zijn aangescherpt. Dit kan ertoe leiden dat WAO-gerechtigden na een herkeuring hun WAO-status verliezen of hun arbeidsongeschiktheidsschatting en daarmee ook de hoogte van hun uitkering gereduceerd zien. Werknemers die geheel arbeidsgeschikt worden gevonden maar geen werk kunnen vinden, mogen een beroep doen op de WW en zonodig op de Wet inkomensvoorziening oudere en gedeeltelijk arbeidsongeschikte werknemers (IOAW), wat een uitkering op minimum-niveau biedt. Wie geen WW-uitkering kan krijgen of wiens WW-uitkering is beëindigd, krijgt tot maximaal zes maanden nadat de arbeidsongeschiktheidsuitkering is verminderd of gestopt een aan de WW gelijke uitkering. Deze overgangsregeling is slechts geldig tot 1 januari 2009.

5 **De WIA (2006)**

5.1 *Inleiding*

Werknemers die langdurig (althans langer dan twee jaar) of blijvend arbeidsongeschikt zijn geworden, krijgen te maken met de Wet Werk en Inkomen naar Arbeidsvermogen. Deze wet van sociaalzekerheidsrechtelijke grondslag voorziet in een alternatief inkomen en biedt daardoor bestaanszekerheid, zij het van mindere hoogte dan het oorspronkelijke bedongen arbeidsloon. Dit specifieke moment, gekoppeld met het gegeven dat twee jaar na het ongeval of de aanvang van de beroepsziekte dikwijls een medische eindsituatie zal zijn bereikt en ook de ontslagbescherming eindigt, kan voor gelaedeerde werknemers aanleiding zijn (zo niet al eerder) om de werkgever ex art. 7:658 BW aan te spreken voor vergoeding van de excedentschade. Want op het moment dat de werknemer ‘in de WIA belandt’, is het pijnlijk duidelijk dat van zulke schade sprake is.

De WIA belichaamt de boodschap van de Adviescommissie Arbeidsongeschiktheid (2001) onder leiding van Donner: werken wie werken kan.¹²³ Deze leus verwoordt het streven van de overheid om de verantwoordelijkheid voor de hoge kosten van arbeidsongeschiktheid te privatiseren en daarmee de rol van

¹²³ Stb. 2005, nr. 572 resp. Stb. 2005, 710.

de publieke sociale zekerheid te verminderen. Het is dan ook niet verwonderlijk dat, waar de oude WAO de nadruk legde op de inkomensbescherming van de zieke werknemer, de WIA vooral concentreert op het minimaliseren van uitkeringen door het maximaal stimuleren van werkhervatting. Ook wordt meer verantwoordelijkheid voor een gezonde werkomgeving neergelegd bij de werkgever, bijvoorbeeld doordat verstrekte WIA-uitkeringen gedurende jaren aan de werkgever kunnen worden doorberekend.

In essentie geldt de WIA voor iedere werknemer die ziek is geworden op of na 1 januari 2004 en sindsdien tenminste 104 weken onafgebroken arbeidsongeschikt is geweest als gevolg van een medisch aantoonbare ziekte of gebrek en tenminste 35% loonverlies lijdt.¹²⁴ De WIA wordt verstrekt tot het bereiken van de 65-jarige leeftijd. Per december 2008 werden 59.470 WIA-uitkeringen verstrekt.¹²⁵

Het voor de WAO typische begrip ‘arbeidsongeschikt’ komt in de WIA nauwelijks meer voor. Wie bijvoorbeeld naar WAO-terminologie voor 80% arbeidsongeschikt was, wordt nu in WIA-termen gekwalificeerd als ‘minder dan 20% arbeidsgeschikt’ of ‘minder dan 20% loonverlies’.¹²⁶

Gedurende de eerste twee ziektejaren staat de reïntegratie van de zieke werknemer centraal, dat wil zeggen het herstel, behoud en bevordering van zijn mogelijkheden tot het verrichten van arbeid en de bevordering van zijn inschakeling in de arbeid.¹²⁷ Indien de werknemer na het verstrijken van deze termijn voldoet aan de hierboven genoemde voorwaarden van de WIA, komt hij in aanmerking voor hetzij de loongerelateerde Regeling inkomensvoorziening volledig arbeidsongeschikten (IVA), hetzij de Regeling werkhervatting gedeeltelijk arbeidsgeschikten (WGA). De WGA is gesplitst in een loonaanvullingsuitkering (WGA I) en een vervolguitering (WGA II). Samen vormen deze uitkeringen de essentie van de WIA.

De uitvoering van de WIA is, net als bij de WAO, in handen van het Uitvoeringsinstituut Werknemersverzekeringen Werkbedrijf (UWV Werkbedrijf). De WIA biedt de werkgever echter de mogelijkheid om het risico op gedeeltelijke arbeidsongeschiktheid van de werknemer te verzekeren bij een particuliere verzekeraar.

¹²⁴ Vgl. artt. 5, 7 en 23 WIA. De officiële invoeringsdatum voor de WIA is 29 december 2005.

¹²⁵ CBS maatwerktabel nr. 2097461 per 17 maart 2009.

¹²⁶ Deze omslag in terminologie maakt soms nog een wat geforceerde indruk en lijkt nog niet in het dagelijks taalgebruik te zijn opgenomen.

¹²⁷ Vgl. art. 1 jo. 25 WIA.

De meer uitvoerige bespreking van de financiële consequenties voor de werknemer van de IVA en de WGA komen in de onderscheidenlijke paragrafen aan de orde. Omwille van de beperkingen van dit proefschrift wordt daarbij uitsluitend gekeken naar het inkomensaspect; voor informatie over andere aspecten van de WIA zij verwezen naar de wet en de literatuur.¹²⁸ Alle uitkeringsbedragen en -percentages die in de hierna volgende paragrafen volgen, gelden per 1 januari 2009.

5.2 *De eerste twee jaren arbeidsongeschiktheid: focus op reïntegratie*

Onmiddellijk na zijn ziekmelding kan de werknemer geconfronteerd worden met maximaal twee onbetaalde wachtdagen indien dit in de arbeidsovereenkomst of de toepasselijke CAO is overeengekomen.¹²⁹ Dit eigen risico beoogt de werknemer te prikkelen om zich niet té snel ziek te melden.

Gedurende de eerste honderdvier weken na de ziekmelding behoudt de arbeidsongeschikte werknemer recht op (gedeeltelijke) doorbetaling van zijn loon. Art. 7:629 BW verplicht de werkgever om tijdens de eerste tweeënvijftig weken tenminste 70% van het laatstverdiende loon althans tenminste het voor de werknemer geldende wettelijke minimumloon door te betalen aan werknemers die op of vanaf 1 januari 2004 ziek zijn geworden.¹³⁰ Na het eerste jaar wordt dit 70% van het (maximum-)dagloon, eventueel aangevuld met een uitkering op grond van de Toeslagenwet indien anders het minimumloonniveau niet wordt bereikt.¹³¹ Circa 80% van werkgevers heeft het risico van loondoorbetaling verzekerd, waardoor het overheidsstreven naar verplaatsing van de ziektekosten al in aanmerkelijke mate is verwezenlijkt.¹³²

Werknemers voor wie een CAO geldt, kunnen in dit opzicht financieel beter af zijn: binnen het overleg van de Stichting van de Arbeid is – zij het onder aanzienlijke druk van de regering – afgesproken om in CAO's de loondoorbetaling te beperken tot een maximum van 170%, naar vrije keuze verspreid over deze twee jaar. Zo ontvangen zij toch nog meer dan werknemers die niet de bescherming van een dergelijke CAO-bepaling genieten. Niet alle CAO's houden zich echter aan deze 'afpraak'; maar het overleg wordt in genoegzame

128 Bijvoorbeeld: Kronenburg-Willems 2005 en Verhoef 2005, Nikkels-Agema & Wielink 2006, Wildeboer 2006.

129 Art. 7:629 lid 9 BW.

130 Vgl. de Wet verlenging loondoorbetalingsverplichting bij ziekte (WULBZ).

131 Wet van 6 november 1986, Stb. 1986, 562, herplaatst in Stb. 1987, 97. Vgl. art. 1 lid 1 onder d en e TW. Ongeacht de hoogte van het contractuele dagloon behoeft de werkgever niet meer te betalen dan 70% van het wettelijk maximumdagloon als bedoeld in art. 9 lid 1 van de Coördinatiewet Sociale Verzekering (CSV).

132 Vgl. Noordam 2005, p. 187.

mate nageleefd dat de regering hierin geen aanleiding heeft gezien om zelf hardere wetgevingsmaatregelen te treffen. Voorts staat het werknemers natuurlijk vrij om zelf een aanvulling te bedingen in hun arbeidsovereenkomst of zich voor het resterende deel privé te verzekeren.

Een belangrijke rol voor de terugdringing van het Nederlandse ziekteverzuim is weggelegd voor de Wet verbetering poortwachter en de Ministeriële Regeling procesgang eerste en tweede ziektejaar, die van toepassing zijn op werknemers die op of na 1 april 2002 ziekteverlof hebben aangevraagd.¹³³ De strekking van deze regelingen is vooral neergelegd in art. 7:658a BW jo. art. 25 WIA, wat de werkgever verplicht om alles te doen wat in redelijkheid mogelijk is om zo snel mogelijk te komen tot optimale reïntegratie van de werknemer in het arbeidsproces.

Het uitgangspunt voor reïntegratie is de (geleidelijke) volledige terugkeer van de werknemer naar zijn eigen functie. Voorafgaand aan het intreden van de arbeidsongeschiktheid was deze functie immers per definitie berekend op de krachten en bekwaamheden van de werknemer.¹³⁴ De inspanningsverplichting van de werkgever om de reïntegratie van de werknemer te bereiken is geen sinecure en kan vergaande aanpassing en wijziging van het werk in de eigen onderneming of zelfs plaatsing van de arbeidsongeschikte werknemer bij een derde vergen, indien dit de reïntegratie zou bevorderen. Dergelijke vergaande maatregelen kunnen vooral aan de orde komen indien de oorzaak van de arbeidsongeschiktheid in de werksfeer ligt of indien de werkgever aanspraak kan maken op subsidies of vergoedingen die bedoeld zijn om de reïntegratie financieel te vergemakkelijken en zo de arbeidsongeschikte werknemer weer aan het werk te krijgen.¹³⁵

De reïntegratieverplichting geldt voor de duur van de arbeidsovereenkomst, dus mogelijk ook langer dan de eerste twee jaar arbeidsongeschiktheid. Zij geldt evenzeer voor dienstverbanden met een tijdelijk karakter. De reïntegratieverplichting gaat echter niet zover dat inspanningen van de werkgever worden verlangd die, gelet op de beperkte duur van het resterende tijdelijke dienstverband, in de concrete omstandigheden onredelijk belastend of duur zouden zijn. Alles wat kan leiden tot een snelle terugkeer in het arbeidsproces en zowel in redelijkheid van werkgever als werknemer gevegd kan worden, komt voor het reïntegratieproject in aanmerking.¹³⁶

¹³³ Stb. 2001, 685 resp. Strcrt. 2000, 60.

¹³⁴ Vgl. art. 7:658a lid 3 BW.

¹³⁵ Vgl. art. 7:629 lid 3 sub c jo. lid 12 BW. Vgl. HR 6 april 2001, NJ 2001, 333, LJN AB0904 (Van Kesteren/Rabobank). Vgl. Klosse 2003, p. 54-63 en Van Genderen etc 2004.

¹³⁶ Vgl. art. 25, 27, 29, 30 jo. 35 WIA.

Indien de werknemer blijvend arbeidsongeschikt is voor zijn eigen functie, dient de werkgever een andere functie te vinden die passend is voor de gezondheidstoestand, het arbeidsverleden, de werkervaring en de vroegere functie en loon van de werknemer. Het komt hierop neer: de werknemer moet, weliswaar in overeenstemming met zijn arbeidsvermogen, hoe dan ook aan het werk worden gehouden.

Het is niet nodig om de eerste twee ziektejaren geheel te doorlopen indien al eerder evident is dat de werknemer volledig en duurzaam arbeidsongeschikt is. In een dergelijk geval kan de werknemer een vervroegde aanvraag voor een IVA-uitkering indienen vanaf dertien weken na aanvang van de arbeidsongeschiktheid. Hij ontvangt zijn uitkering dan evenredig eerder.¹³⁷ Dit doet niets af aan de loondoorbetalingsplicht van de werkgever, indien daar sprake van is. In de praktijk zal in een dergelijke situatie de uitkering naar de werkgever gaan, die deze aanvult tot het niveau van zijn loondoorbetalingsplicht en vervolgens aan de werknemer als loon betaalt.

Behoudens enkele uitzonderingen kan de werknemer gedurende de eerste twee jaar arbeidsongeschiktheid op grond van een wettelijk opzegverbod niet worden ontslagen, zelfs niet indien de werkgever over toestemming van het UWV Werkbedrijf beschikt.¹³⁸

5.3 *Wanneer twee jaren verstreken zijn*

Na het verstrijken van honderdvier weken vanaf de aanvang van de arbeidsongeschiktheid wordt de werknemer geconfronteerd met drie belangrijke zaken: het verval van het ontslagverbod tijdens ziekte, de poortwachertoets door het UWV Werkbedrijf en de daarbij behorende arbeidsongeschiktheidskeuring.

De poortwachertoets houdt in essentie in dat het UWV Werkbedrijf, in zijn functie als 'poortwachter', toetst of de werknemer recht heeft op een WIA-uitkering. Daartoe moeten zowel werkgever als werknemer zich naar behoren hebben ingespannen voor de reïntegratie van de werknemer. Indien de poortwachertoets uitwijst dat de werkgever heeft voldaan aan zijn reïntegratieverplichtingen, eindigen na deze periode zowel zijn wettelijke verplichting om het loon tijdens ziekte door te betalen als het wettelijk ontslagverbod tijdens ziekte. Men kan zich echter afvragen hoe vaak het voorkomt dat de werkgever zich slechts oppervlakkig inspant ten aanzien van zijn reïntegratieverplichting teneinde een gewenste ontslagvergunning van het UWV Werkbedrijf veilig te

¹³⁷ Vgl. art. 23 lid 6 WIA.

¹³⁸ Vgl. art. 7:670 jo. 7:670b lid 1 BW.

stellen om de relatief onproductieve werknemer te kunnen ontslaan. Indien blijkt dat de werkgever onvoldoende reïntegratieinspanningen heeft verricht, kan het UWV Werkbedrijf hem een verlengde loondoorbetalingsverplichting van maximaal een jaar opleggen. In die periode krijgt de werkgever opnieuw de kans om zich in te spannen voor de reïntegratie van de werknemer. Het wettelijk opzegverbod tijdens ziekte wordt dan evenredig verlengd.

Ook voor de werknemer bestaat een stok achter de deur om te verzekeren dat hij zich inspant voor zijn eigen reïntegratiebelangen. Indien het UWV Werkbedrijf op verzoek van de werkgever om een deskundigenoordeel of in het kader van de poortwachertoets tot de conclusie komt dat de werknemer zelf onvoldoende aan zijn reïntegratie heeft meegewerkt, kan dit aanleiding geven tot een ontslagvergunning aan de werkgever als deze daarom verzoekt. Deze situatie kan zich bijvoorbeeld voordoen indien de werknemer herhaaldelijk weigert mee te werken aan het opstellen, evalueren of bijstellen van het Plan van Aanpak, controle door een bedrijfsarts afwijst, passend werk weigert of zijn fysieke herstel belemmert.¹³⁹ Ook een tijdelijke of blijvende weigering of vermindering van de WW- of WIA-uitkering van de werknemer behoort tot de sanctiemogelijkheden van het UWV Werkbedrijf.

De poortwachertoets luidt echter nog een ander belangrijk moment in: de arbeidsongeschiktheidskeuring door het UWV Werkbedrijf. Door middel van deze keuring wordt vastgesteld in welke mate de werknemer arbeidsongeschikt is. Hierbij wordt eerst door een verzekeringsarts aan de hand van een zogenoemde functionele mogelijkhedenlijst (FML) bepaald wat de belastbare fysieke en psychische mogelijkheden van de werknemer zijn. Tevens schat de arts aan de hand van medische protocollen in wat de duurzaamheid van de arbeidsongeschiktheid is. Voor toelating tot de IVA-uitkering dient namelijk vast te staan dat er binnen vijf jaar geen of slechts een zeer geringe kans op herstel bestaat; de kans op herstel wordt in deze periode jaarlijks opnieuw beoordeeld. Tenzij voor de arts evident is dat sprake is van volledige arbeidsongeschiktheid, vindt vervolgens een onderzoek van de arbeidsdeskundige plaats.

Hierna vergelijkt de arbeidsdeskundige de uitkomst van de functionele mogelijkhedenlijst met het CBBS-systeem, waarin circa 7.500 functiebeschrijvingen zijn verwerkt die als 'gangbare arbeid' kunnen worden betiteld. Aan de

¹³⁹ Vgl. art. 7:670b lid 3 jo. art. 7:658a lid 3 BW: indien de werknemer zijn verplichtingen bij ziekte niet nakomt, mag de werkgever een loonsanctie toepassen en zelfs, indien de werknemer in zijn niet-nakoming volhardt, toestemming vragen aan het UWV Werkbedrijf om de arbeids-overeenkomst met de werknemer op te zeggen. Het ontslagverbod tijdens ziekte vervalt derhalve in een dergelijke situatie.

hand van deze vergelijking selecteert hij drie beroepen die de gedeeltelijk arbeidsongeschikte werknemer in theorie nog zou kunnen vervullen, evenals de bijbehorende verdien capaciteit die bij deze functies hoort. 'In theorie', want de kans dat de werknemer de betreffende functie daadwerkelijk kan verkrijgen, wordt buiten beschouwing gelaten. Het beroep wat qua hoogte van de verdien capaciteit noch het hoogste, noch het laagste uitvalt, vormt het uitgangspunt voor de resterende verdien capaciteit. Vervolgens berekent de arbeidsdeskundige wat de verhouding is van deze verdien capaciteit ten opzichte van het voormalige inkomen (maatmanloon; de werknemer is zijn eigen 'maatman'). Deze verhouding, uitgedrukt in een percentage, bepaalt de hoogte van de arbeidsongeschiktheid van de werknemer. In formulevorm wordt dit:

$$\frac{\text{maatmanloon} - \text{resterende verdien capaciteit}}{\text{maatmanloon}} \times 100\%$$

Een voorbeeld: stel dat werknemer X voorafgaand aan zijn arbeidsongeschiktheid € 60.000 loon per jaar verdiende als docent. Zijn resterende verdien capaciteit in zijn nieuwe (theoretische) functie als postbode is € 24.000 per jaar. Dit komt neer op een loonverlies van 60% en een daarmee corresponderende arbeidsongeschiktheidspercentage van 60%.¹⁴⁰

$$\frac{€ 60.000 - € 24.000}{€ 60.000} \times 100\% = 60\%$$

Het aldus verkregen arbeidsongeschiktheidspercentage bepaalt of de werknemer recht heeft op een WIA-uitkering en zo ja, van welke aard deze uitkering is. De WIA onderscheidt hiertoe twee categorieën van arbeidsongeschiktheid:

- a) werknemers die tussen 35 en 80% loonverlies lijden en al dan niet duurzaam arbeidsongeschikt zijn; zij hebben recht op de Regeling WGA;
- b) werknemers die meer dan 80% loonverlies lijden en duurzaam arbeidsongeschikt zijn; zij komen in aanmerking voor een IVA-uitkering.

5.4 De werknemer met minder dan 35% loonverlies

Een werknemer in de categorie van minder dan 35% loonverlies wordt niet beschouwd als arbeidsongeschikt in de zin van de WIA en heeft daarom geen recht op een WIA-uitkering.¹⁴¹ In het WAO-tijdperk was het vereiste

¹⁴⁰ Het begrip 'arbeidsongeschiktheidspercentage' is eigenlijk nog een stukje erfenis van de WAO; immers, in de WIA-context gaat het hier niet meer om de geschiktheid of ongeschiktheid tot het verrichten van arbeid, maar om zuiver loonverlies.

¹⁴¹ Art. 5 WIA.

minimumpercentage arbeidsongeschiktheid ‘slechts’ 15%.¹⁴² Het arbeidsongeschiktheids criterium is derhalve aanmerkelijk aangescherpt.

Twee jaar na aanvang van de arbeidsongeschiktheid wordt de werknemer geconfronteerd met het verval van het ontslagverbod. Indien hij ontslagen wordt, komt hij mogelijk in aanmerking voor een WW-uitkering. Hiertoe moet hij tenminste voldoen aan de wekeneis van de Werkloosheidswet, dat wil zeggen dat hij tenminste 26 weken uit de laatste 36 weken voorafgaand aan het ontslag heeft gewerkt. In dat geval heeft hij recht op een uitkering van 75% van het laatstverdiende loon voor de eerste twee maanden van de werkloosheid.¹⁴³ De derde maand ontvangt hij slechts 70% van het laatstverdiende loon, opnieuw met inachtneming van het wettelijk maximumloon. Ook indien de werknemer over 52 of meer dagen loon heeft ontvangen gedurende vier van de vijf kalenderjaren voorafgaand aan het jaar van werkloosheid (jareneis) ontvangt hij na de tweede maand slechts 70% van zijn laatstverdiende loon dan wel het wettelijk maximumdagloon; de uitkering kan dan langer duren dan drie maanden maar nooit meer dan 38 maanden.

Het kan echter gebeuren dat de werknemer noch aan de WIA-eisen noch aan de WW-eisen voldoet. Dan rest slechts een bijstandsuitkering (waarover hierna meer) totdat de AOW-gerechtigde leeftijd van 65 jaar wordt bereikt. Een dergelijke situatie is zeker niet een louter theoretische mogelijkheid: iedere schoolverlater die blijvend (gedeeltelijk) arbeidsongeschikt raakt als gevolg van een ernstig arbeidsongeval tijdens zijn eerste uitzendbaantje kan hiermee worden geconfronteerd, evenals de voormalige huisvrouw of werkloze die kort na de herintreding op de arbeidsmarkt blijvend arbeidsongeschikt raakt.

Stel echter dat de (wellicht nog steeds arbeidsongeschikte) werknemer ook na het verstrijken van zijn WW-rechten geen werk heeft weten te vinden. De Wet werk en bijstand voorziet dan in een bijstandsuitkering om in het bestaansminimum te kunnen voorzien totdat hij een baan heeft gevonden – waarvoor iedere algemeen geaccepteerde arbeid in aanmerking komt – of 65 jaar oud is geworden. Toch kan men zich afvragen hoe redelijk het vanuit praktisch, fysiek of medisch oogpunt is om een persoon die feitelijk voor bijvoorbeeld 30% arbeidsongeschikt is te dwingen tot het aanvaarden van *iedere* arbeid.

¹⁴² Vgl. art. 18 jo. 21 WAO.

¹⁴³ Art. 17 WIA. Let wel: het laatstverdiende loon tot aan de hoogte van het wettelijk maximumdagloon, wat per 1 januari 2009 € 183,15 betreft. Al verdiende de werknemer voorafgaand aan het ontslag een miljoen euro per dag, zijn WW-uitkering kan maximaal 75% van € 183,15 is € 137,36 bedragen. Let wel: voor de vaststelling van het in art. 17 bedoelde aantal van 36 weken worden de weken gedurende welke de werknemer wegens ziekte of arbeidsongeschiktheid geen arbeid kon verrichten niet in aanmerking genomen, vgl. art. 17a WW.

Per 1 januari 2009 bedraagt de bijstandsuitkering 100% van het netto minimumloon voor gehuwden en samenwonenden tussen de 18 en 21 jaar, 70% voor alleenstaande ouders tussen de 21 en 65 jaar en 50% voor alleenstaanden tussen de 21 en 65 jaar. Concreet komt dit voor een kinderloos stel, beiden jonger dan 21 jaar, neer op € 443,62; voor een alleenstaande ouder van 21 jaar of ouder op € 898,70 en voor een kinderloze alleenstaande van 35 jaar op € 641,93.¹⁴⁴ Wie jonger dan 18 jaar is, heeft geen recht op een bijstandsuitkering. Er wordt wel rekening gehouden met inkomen (bijvoorbeeld alimentatie) en vermogen (een vrijlatingsbedrag van € 10.910 voor gehuwden en alleenstaande ouders en € 5.455 voor alleenstaanden). Wie bijvoorbeeld in zijn huis een vermogen bezit van meer dan € 46.100 kan slechts een bijstandsuitkering ontvangen in de vorm van een lening (krediethypotheek).

Wanneer het inkomen onder het sociaal minimum dreigt te raken, kan een uitkering op grond van de Toeslagenwet worden aangevraagd om het verschil aan te vullen. Een 35-jarige alleenstaande bijvoorbeeld kan in aanmerking komen voor een Toeslagenuitkering van € 48,47 bruto per dag indien zijn inkomen lager is dan 70% van het voor hem geldende bruto minimumloon; een getrouwde of samenwonende werkloze kan aanspraak maken op een toeslag van € 63,50 indien het gezamenlijk inkomen lager is dan het bruto minimumloon. De werkloze heeft geen recht op een bijstandsuitkering indien zijn partner een loon of uitkering ontvangt wat hoger is dan het sociaal minimum. Het laatste bastion van sociaalzekerheidsrechtelijke steun is dan gepasseerd: hij is dan geheel aangewezen op financiële ondersteuning door zijn partner.¹⁴⁵

De conclusie is eenvoudig: de werknemer met minder dan 35% arbeidsongeschiktheid kan maar het beste er echt alles aan doen en geen mogelijkheid tot reïntegratie onbenut laten om zijn baan te behouden. Want als hij zijn baan verliest, kan het financiële perspectief daarna erg somber worden en de afhankelijkheid van een sociaalzekerheidsrechtelijke uitkering wellicht van lange duur worden.

In ditzelfde besef biedt de overheid een scala van middelen om gedeeltelijk arbeidsongeschikte werknemers (ook degenen die dat volgens de definitie van de WIA niet zijn) bij te staan in het vinden van een baan. Voorbeelden hiervan zijn een proefplaats of participatieplaats met behoud van de uitkering gedurende enige maanden, subsidiemogelijkheden voor het aanpassen van de nieuwe werkplek, een professionele jobcoach, loonsuppletie, een

¹⁴⁴ Deze nettobedragen zijn inclusief vakantietoeslag.

¹⁴⁵ Vgl. Klosse 2006, p. 139-148.

persoonsgebonden reïntegratiebudget (PRB), etc. Ook tracht de overheid het imago van gedeeltelijk arbeidsongeschikten als groep in de samenleving te verbeteren.¹⁴⁶ De nieuwste aanvulling in dit rijtje is de per 1 juli 2009 ingevoerde compensatieregeling ('no riskpolis') voor de loonkosten bij langdurige ziekte van oudere werknemers die, voordat zij in dienst kwamen, tenminste 52 weken werkeloos waren. De werknemers in kwestie dienen dan wel vanaf dezelfde datum tenminste 55 jaar oud te zijn.¹⁴⁷ Ook wil de overheid op advies van de 'Commissie fundamentele herbezinning Wet sociale werkvoorziening' toestaan dat werknemers met een arbeidsbeperking onder het wettelijk minimumloon worden betaald indien hun gebrek aan productiviteit dit rechtvaardigt; het verschil tot de hoogte van het wettelijk minimumloon wordt dan door de overheid vergoed.¹⁴⁸

Maar hoe realistisch is de wens van de regering om iedere werknemer zoveel mogelijk aan het werk te houden? Wat zijn de *reële* perspectieven op reïntegratie van een reeds ontslagen werknemer, wiens eigen (voormalige) werkgever *al twee jaar lang* zonder succes alles aan reïntegratie heeft gedaan en dit niet voldoende is gebleken om de eigen baan van de werknemer te behouden of om aansluitend een nieuwe baan voor hem te vinden? In 2007 concludeerde de Stichting van de Arbeid dat circa 43% van de groep arbeidsongeschikte werknemers met een arbeidsongeschiktheidspercentage van minder dan 35% geen dienstverband meer had en dat deze mensen 'aanzienlijke belemmeringen' ervaren bij de terugkeer naar hun eigen of ander werk.¹⁴⁹ Het is moeilijk om te zeggen of en zo ja, in hoeverre hier sprake is van vooroordelen tegenover gedeeltelijk arbeidsongeschikte werknemers. Toch heeft het er veel van weg en wellicht niet zonder praktische reden: een kostbare tweejarige loondoorbetalingsverplichting in geval van arbeidsongeschiktheid geeft een werkgever reden om eerst goed na te denken voordat hij een nieuwe werknemer in dienst neemt. Op mijn vraag aan een werkgever (die anoniem wilde blijven) waarom hij geen gedeeltelijk arbeidsongeschikte werknemers in dienst wilde nemen, verwoordde hij zijn vrees voor een hoger ziekteverzuim van een gedeeltelijk arbeidsongeschikte werknemer en zijn daarmee samenhangende bezwaren om zo'n persoon in dienst te nemen als volgt: "Een rotte appel wordt alleen maar rotter." Hoe cru dit ook is uitgedrukt, de bezwaren van werkgevers tegen het in dienst nemen van gedeeltelijk arbeidsongeschikte

¹⁴⁶ Bijvoorbeeld de overheidscampagne 'Geknipt voor de juiste baan'.

¹⁴⁷ Vgl. TK 2007-2008, 29 544, nr. 158 (Wetsvoorstel Tijdelijke wet compensatieregeling loonkosten bij ziekte van oudere en voormalig langdurig werklozen) en TK 2008-2009, 31 869 nrs. 2 en 3; ook Van de Vrie 2008.

¹⁴⁸ Commissie fundamentele herbezinning Wet sociale werkvoorziening 2008, vgl. ook Nieuwsbrief SZW nr. 09/10 van 13 februari 2009.

¹⁴⁹ Stichting van de Arbeid 2007, p. 2. Vgl. ook Olsthoorn 2008, p. 2.

werknemers zullen slechts zwaarder wegen naarmate zij een hoger arbeidsongeschiktheidspercentage hebben. Ook het 'leuren' om geld voor enigerlei regeling bij het UWV Werkbedrijf wordt als bezwaarlijk gezien, namelijk als een tijdrovende en administratieve ellende.

Ook kan men zich afvragen hoe reëel de kans van een gedeeltelijk arbeidsongeschikte werknemer is om via de arbeidsmarkt opnieuw het niveau van zijn oude inkomen te verwezenlijken. Zeker in het huidige economische klimaat, waar massaontslagen aan de orde van de dag zijn, moet hij concurreren met tienduizenden andere werklozen die níet gehandicapt zijn met arbeidsbeperkingen. In dit licht is het twijfelachtig of en in welke mate een 'no-riskpolis' van de overheid de concurrentiepositie van gedeeltelijk arbeidsongeschikte en werkloze werknemers daadwerkelijk kan verbeteren. Het is immers een algemeen bekend feit dat zelfs kerngezonde werkloze vijftigplussers, die veelal kunnen bogen op jarenlange werkervaring, nauwelijks enige kans maken om aangenomen te worden in een nieuwe baan: voor hen komt de verplichte sollicitatiemolen pas tot stilstand bij het bereiken van het 65^{ste} levensjaar. Zij zijn 'te oud' en 'leeftijd komt met gebreken'. Wat is dan de kans dat een werkloze aan wie een veel ernstiger 'smet' kleeft dan louter leeftijd een bij hem passende baan kan vinden? Zoals uit de al genoemde conclusie van de Stichting van de Arbeid blijkt, is de WW-route in veel gevallen niet meer dan een schijnvertoning die slechts het onaangename en zorgwekkende vooruitzicht van een financieel zeer magere toekomst in de bijstand tijdelijk verhult.

5.5 *De werknemer met 35-80% arbeidsgeschiktheid (WGA)*

De WGA-regeling is vooral bedoeld om de – in de zin van de WIA – (tijdelijk) gedeeltelijk arbeidsongeschikte werknemer te stimuleren zijn resterende verdiencapaciteit te benutten. 'Werken loont' en 'Werken naar vermogen' zijn immers de uitgangspunten van de overheid. De werknemer die onder de WGA valt maar om welke reden dan ook er niet in slaagt om voldoende passende arbeid voor zichzelf te vinden, zal echter ontdekken dat de sociaal-zekerheidsrechtelijke bijstand die door de WGA wordt geboden uiteindelijk schriel afsteekt in verhouding tot zijn oude inkomen.

Alleen arbeidsongeschikte werknemers die nog enige capaciteit hebben om te werken, hetzij onmiddellijk, hetzij op termijn, komen in aanmerking voor een WGA-uitkering.¹⁵⁰ Dit betreft uiteraard de groep werknemers die na een wachttijd van 104 weken meer dan 65% maar minder dan 80% arbeids-

¹⁵⁰ Art. 54 WIA.

ongeschikt is: medio 2008 kwam dit neer op ongeveer 38.000 mensen.¹⁵¹ Ook werknemers die na 104 weken nog volledig, maar niet duurzaam, arbeidsongeschikt zijn kunnen aanspraak maken op een WGA-uitkering mits de keuringsarts verwacht dat enig relevant herstel in hun arbeidsgeschiktheid zal plaatsvinden binnen vijf jaar na de eerste keuring.

De duur van de loongerelateerde WGA-uitkering wordt gekoppeld aan het arbeidsverleden van de werknemer: voor ieder volledig jaar arbeidsverleden (dat wil zeggen ieder jaar waarin de werknemer tenminste 52 dagen loon kreeg) krijgt de werknemer een maand uitkering met een duur van minimaal drie maanden tot maximaal 38 maanden.¹⁵² De eerste twee maanden daarvan bedraagt de WGA-uitkering 75% van het dagloon (tot de hoogte van het wettelijk maximumdagloon à € 183,15); daarna daalt dit tot 70% voor de resterende duur van de uitkeringsgerechtigdheid. Wanneer de werknemer binnen deze termijn werk vindt, krijgt hij de eerste twee maanden bovenop dit nieuwe inkomen een uitkering van 75% van het bedrag wat hij minder verdient in vergelijking met het oude dagloon. Het is voor de werknemer met een hoog loon dan ook de moeite waard om te overwegen zich tegen een dergelijke potentiële inkomensachteruitgang te verzekeren.

Na afloop van het recht op de loongerelateerde WGA-uitkering heeft de werknemer recht op een WGA-loonaanvulling of een WGA-vervolguitkering totdat hij 65 jaar wordt.¹⁵³ Indien de werknemer tenminste 50% van zijn vastgestelde resterende verdien capaciteit benut, ontvangt hij aansluitend de loonaanvullingsuitkering. Slaagt hij hier niet in, dan ontvangt hij de lagere vervolguitkering.

Wanneer de werknemer erin slaagt om zijn resterende verdien capaciteit voor tenminste 50% of meer te benutten, heeft hij recht op een loonaanvullingsuitkering. Hierbij ontvangt de werknemer bovenop zijn nieuwe of resterende loon een uitkering die zijn oude dagloon tot het niveau van 70% aanvult. Ook hier geldt echter dat de werknemer niet meer kan ontvangen dan 70% van het gemaximeerd dagloon, dus concreet hooguit € 128,20 per dag. Hoe hoger het oude loon en de benutting van de resterende verdien capaciteit zijn ten opzichte van het gemaximeerde dagloon, hoe lager de uitkering uitvalt. Het kan zelfs voorkomen dat een gedeeltelijk arbeidsongeschikte werknemer die zijn resterende verdien capaciteit volledig benut en daarmee meer verdient dan het gemaximeerde dagloon, helemaal geen WGA-uitkering ontvangt.

¹⁵¹ Vgl. Trouw, 'Instroom WIA stijgt', 25 februari 2009.

¹⁵² Art. 59 WIA.

¹⁵³ Art. 60 WIA.

Indien de werknemer er niet in slaagt om zijn resterende verdien capaciteit voor tenminste 50% te benutten (in andere woorden: geen werk of onvoldoende betalend werk heeft gevonden), kan hij aanspraak maken op een vervolguitkering. Deze uitkering bestaat uit een aan de mate van arbeidsongeschiktheid gerelateerd percentage van het dagloon, althans maximaal het voor hem geldende minimumdagloon. Schematisch komt dit hierop neer:

Arbeidsongeschiktheidspercentage	Uitkeringspercentage minimumloon ¹⁵⁴	Hoogte uitkering
35-45%	28%	€ 386,73
45-55%	35%	€ 483,42
55-65%	42%	€ 580,10
65-80%	50,75%	€ 700,95

Een 30-jarige werknemer die voor 40% arbeidsongeschikt is, ontvangt derhalve een uitkering ter waarde van 28% van zijn (dag-)loon maar niet meer dan 28% van het minimumloon. Zelfs bij de hoogste categorie van gedeeltelijke arbeidsongeschiktheid ligt de uitkering nog ver onder het sociaal minimum. Ook hier geldt dat de werknemer een beroep kan doen op de Toeslagenwet om zijn uitkering aan te vullen tot het sociaal minimum; maar niet als hij een echtgenoot of partner heeft die een loon of uitkering ontvangt wat minstens aan dat inkomensniveau gelijk is.

De WGA geldt ook voor de werknemer die tijdelijk helemaal niet meer kan werken maar een kans heeft om weer te herstellen: volledig maar niet langdurig arbeidsongeschikt. Deze werknemer krijgt een WGA-uitkering van 70% van zijn laatstverdiende loon (althans tot het wettelijk maximumdagloon) totdat duidelijk is geworden of hij blijvend volledig arbeidsongeschikt is geworden (en dan komt hij in aanmerking voor de IVA-uitkering) of slechts gedeeltelijk arbeidsongeschikt is.

Een voorbeeld kan het inkomensverloop van een zieke (ex-)werknemer verduidelijken.¹⁵⁵ Stel dat Magda, een alleenstaande vrouw van 39 jaar, voorafgaand aan haar arbeidsongeschiktheid € 5.000 bruto per maand verdiende. Er is geen CAO van toepassing op haar arbeidsovereenkomst, noch vermeldt de arbeidsovereenkomst enige bepaling over loonaanvulling tijdens ziekte. Zij heeft een arbeidsverleden van 20 jaar. Wat heeft haar financiële toekomst haar te bieden?

¹⁵⁴ Uitgaande van het wettelijk minimumloon voor een 23-jarige en ouder vanaf 1 januari 2009: € 1.381,20 per maand.

¹⁵⁵ Nikkels-Agema 2005, p. 36 e.v.

De eerste twee dagen arbeidsongeschiktheid gelden als onbetaalde wachtdagen: dat kost haar circa € 460, uitgaande van 21,75 werkdagen per maand. De eerste tweeënvijftig weken ontvangt zij 70% van haar loon: € 3.500 per maand. De volgende tweeënvijftig weken betaalt haar werkgever haar 70% van het maximumdagloon: € 128,20 per dag, circa € 2.788 per maand. Wanneer de termijn van twee jaar arbeidsongeschiktheid in zicht komt, verzoekt haar werkgever het UWV Werkbedrijf om een ontslagvergunning en verkrijgt deze ook, zodat Magda werkloos wordt.

Het UWV Werkbedrijf stelt vervolgens vast dat Magda recht heeft op een WGA-uitkering en met andere gangbare arbeid nog € 18.000 per jaar (€ 1.500 per maand) kan verdienen. Haar loonverlies is daardoor 70%, wat overeenkomt met haar arbeidsongeschiktheidspercentage. Haar loongerelateerde WGA-uitkering duurt 2 jaar; tijdens deze periode ontvangt zij 0,7 x (€ 5.000 - € 1.500) is € 2.450 bruto per maand. Tijdens deze termijn probeert Magda naarstig om aan een nieuwe baan te komen. Of het nu aan de slappe arbeidsmarkt ligt, aan haar leeftijd of aan haar beperkte arbeidscapaciteit weet zij niet, maar het lukt haar niet om een nieuwe baan te vinden. Vier jaar na het intreden van haar arbeidsongeschiktheid moet zij derhalve leven van een vervolgitkering die gerelateerd is aan haar arbeidsongeschiktheidspercentage van 70%. Dat betekent dat zij 50,75% ontvangt van het wettelijk minimumloon: € 700,95. Omdat zij alleenstaand is en haar inkomen beneden het sociaal minimum valt, krijgt zij op grond van de Toeslagenwet een aanvulling tot 70% van het voor haar geldende wettelijk minimumloon. Dat betekent tot aan haar 65^{ste} een maandelijks bruto inkomen van 70% van € 1.381,20 is € 966,84 (inclusief toeslag) – waar zij voorheen € 5.000 per maand verdiende. Dit valt haar hard, want voorheen was haar loon € 60.000 per jaar en rekende zij daarnaast nog op promotie met de bijbehorende loonverhogingen, bonussen, auto van de zaak, pensioenvoorzieningen et cetera. Ook de hypotheek op haar huis is afgestemd op haar oude loon, wat de nodige problemen geeft. Magda prijst zichzelf bijna gelukkig dat zij niet met een verdiener samenwoont, want dan had zij vermoedelijk geen recht op een toeslag gehad. Het is deze harde praktijk waardoor de term ‘WAO-gat’ inmiddels is vervangen door de term ‘WIA-krater’.¹⁵⁶

Het is onmiddellijk evident dat de WIA financieel pijnlijker wordt naarmate het verschil tussen het oude loon van de werknemer en het wettelijk minimumloon groter is. Stel dat de werknemer voorafgaand aan zijn arbeidsongeschiktheid het minimumloon verdiende en nu vanwege een arbeidsongeschiktheid van 66% nog net de helft (50,75%) daarvan ontvangt. Zijn inkomensschade is

¹⁵⁶ Vgl. Margadant 2006, p. 20.

dan circa 50%. Indien hij echter vroeger een loon ter waarde van drie maal het minimumloon verdiende (€ 4.143,60) en verder net zo arbeidsongeschikt is, wordt zijn oude loonhoogte effectief met circa 83% gereduceerd. Zulke inkomensrisico's dwingen de voorzichtige werknemer er welhaast toe om zich te verzekeren tegen dergelijke financiële tegenslag. Op macroniveau betekent het echter dat de sociale zekerheid in wezen wordt verplaatst naar de private sector, zoals uitdrukkelijk door de overheid is beoogd. Het lijkt welhaast overvloedig om op te merken dat, indien de oorzaak van zijn arbeidsongeschiktheid gelegen is in de arbeidsomstandigheden, de werknemer door financiële nood welhaast wordt gedwongen om zijn inkomensschade (en tegelijkertijd ook maar alle overige schade) via het aansprakelijkheidsrecht te verhalen op de werkgever.

Kan bij een dergelijke vergaande vermindering van het inkomen als gevolg van arbeidsongeschiktheid – in het kader van deze dissertatie als gevolg van een arbeidsongeval of een beroepsziekte – nog werkelijk gesproken worden van de vervulling van het maatschappelijke draagvlak van de sociale zekerheid, namelijk inkomensbescherming en bestaanszekerheid? De vraag stellen is haar echter ook (negatief) beantwoorden, zoals Magda in het laatste voorbeeld zal beamen. Mág de Nederlandse overheid überhaupt een werknemer in het geval van een arbeidsongeval of een beroepsziekte tot een dergelijke vergaande inkomensvermindering brengen? Dat is een vraag die in hoofdstuk 6 paragraaf 5 zal worden beantwoord.

5.6 *De werknemer met meer dan 80% loonverlies (IVA)*

De Regeling Inkomensvoorziening Volledig Arbeidsongeschikten (IVA) is bedoeld voor de werknemer die, na een wachttijd van 104 weken, als rechtstreeks en objectief medisch vast te stellen gevolg van (onder meer) ziekte of gebrek slechts in staat is om nog hoogstens 20% van zijn laatstverdiende loon voorafgaand aan zijn arbeidsongeschiktheid te verdienen.¹⁵⁷ Daarnaast moet ook voldaan zijn aan de voorwaarde dat sprake is van een duurzame situatie, wat wil zeggen dat zijn gezondheid medisch stabiel of verslechterend is of dat er op de lange termijn slechts een geringe kans op herstel bestaat.¹⁵⁸ Dit kan bijvoorbeeld het geval zijn indien de gezondheid van de werknemer stabiel is maar herstel uitgesloten wordt geacht, zoals bij een ingrijpende amputatie

¹⁵⁷ Vgl. art. 4, jo. 47 e.v. WIA. Het begrip 'duurzaam' is nieuw; het kwam niet voor in de WAO.

¹⁵⁸ 'Op de lange termijn' wordt ook wel uitgelegd als de afwezigheid van een reële kans dat de werknemer binnen vijf jaar na de eerste arbeidsongeschiktheidskeuring zijn werk (gedeeltelijk) kan hervatten. De verzekeringsarts van het UWV Werkbedrijf gebruikt hiertoe door de Gezondheidsraad opgestelde protocollen om de herstellkans van de werknemer in te schatten.

of blindheid, of als zijn gezondheid naar redelijke verwachting slechts zal verslechteren, zoals bij een terminale ziekte. In het algemeen kan worden gezegd dat werknemers die recht hebben op een IVA-uitkering getroffen zijn door zeer ernstige lichamelijke en/of psychische beperkingen. Eind 2008 betrof deze groep ongeveer elfduizend mensen.¹⁵⁹

De eerste vijf jaar na de eerste keuring wordt de gezondheidstoestand jaarlijks gecontroleerd door de verzekeringsarts.¹⁶⁰ Bij de inschatting van een geringe kans op herstel wordt de werknemer zekerheidshalve hierna eens in de vijf jaar herkeurd of zoveel vaker als de verzekeringsarts wenselijk voorkomt. Wanneer echter evident is dat de werknemer volledig en duurzaam arbeidsongeschikt is, bijvoorbeeld als gevolg van een hoge dwarslaesie, is het niet nodig om eerst de hele termijn van 104 weken te doorlopen voordat de werknemer kan worden gekeurd. In een dergelijk geval kan hij al na 13 weken hierom verzoeken.¹⁶¹

De werknemer heeft geen recht op een IVA-uitkering indien sprake is van een meer dan geringe kans op herstel in de toekomst. Hij voldoet dan immers niet aan de vereiste kwalificatie van duurzame arbeidsongeschiktheid, zelfs al is hij op het moment van de keuring volledig arbeidsongeschikt.

De loongerelateerde IVA-uitkering bedraagt 75% van het laatstverdiende loon, althans 75% van het bruto maximumdagloon.¹⁶² Concreet komt dit neer op een maximum van € 137,36. In geval van blijvende of voorlopig blijvende hulpbehoevendheid die geregelde oppassing en verzorging thuis nodig maakt, kan de uitkering voor de duur van de hulpbehoevendheid worden verhoogd met maximaal 100/70.¹⁶³

Indien de werknemer erin slaagt om door werkzaamheden zijn arbeidsgeschiktheids-percentages te verhogen tot boven 20%, blijft zijn recht op de IVA-uitkering zekerheidshalve nog een jaar bestaan. Pas daarna wordt deze vervangen door een WGA-uitkering.

¹⁵⁹ Trouw, 'Instroom WIA stijgt', 25 februari 2009.

¹⁶⁰ Art. 41 WIA.

¹⁶¹ Art. 23 lid 6 WIA.

¹⁶² Art. 51 jo. art. 52 WIA. Vgl. het persbericht van het Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid d.d. 20 oktober 2006, nr. 06/036: 'Uitkering voor volledig en duurzaam arbeidsongeschikten gaat omhoog'.

¹⁶³ Art. 53 WIA.

De werknemer behoudt het recht op de IVA-uitkering tot het bereiken van de 65-jarige leeftijd.¹⁶⁴

6 Conclusies

Van oorsprong is art. 7A:1638x oud-BW een product van de industriële revolutie die zich in de negentiende eeuw in Nederland heeft voltrokken. De vele slachtoffers van arbeidsongevallen en beroepsziekten welke deze maatschappelijke omwenteling heeft gevergd, resulteerde in de politieke noodzaak om een behoorlijke wettelijke regeling te treffen waardoor arbeiders hun arbeidsgelateerde schade konden verhalen op hun werkgever: art. 7A:1638x oud-BW. De invoering van dit nieuwe werkgeversaansprakelijkheidsrecht werd gekoppeld aan een publiekrechtelijke ongevallenverzekering met een verzekeringsplicht voor de werkgever: de Ongevallenwet. Deze wet verstrekke op basis van het *risque professionnel*-principe een uitkering aan arbeiders die het slachtoffer waren geworden van een arbeidsongeval of een beroepsziekte die hun in verband met de dienstbetrekking was overkomen. Ook verkeersongevallen tijdens het woon-werkverkeer waren hieronder gedekt. Door haar ruime en exclusieve toepassing ontnam de Ongevallenwet vrijwel iedere praktische betekenis aan art. 7A:1638x oud-BW.

Wellicht als gevolg van de traumaverwerking van de Tweede Wereldoorlog groeide in de jaren zestig de maatschappelijke en politieke overtuiging dat de staat aansprakelijk behoorde te zijn voor de sociale zekerheid van haar burgers. Vanuit die sociale visie werd het onderscheid tussen arbeidsgelateerde letselschade en niet-arbeidsgelateerde letselschade ervaren als een ongerechtvaardigd onderscheid. Dit leidde tot de afschaffing in 1967 van de Ongevallenwet en haar uitgangspunt van *risque professionnel*, de invoering van de WAO op basis van *risque social* en een wedergeboorte voor art. 7A:1638x oud-BW. De betekenis van art. 7A:1638x oud-BW, vanaf 1992 art. 7:568 BW, heeft vanaf 1967 vlucht genomen: aanvankelijk met een langzame start, maar gaandeweg steeds sneller.

Vanaf de jaren tachtig is de sociale zekerheid geleidelijk verschaald. Ook is de WAO vervangen door de strengere WIA, wat voor langdurige, gedeeltelijk arbeidsongeschikte werknemers een financiële ramp kan betekenen, afhankelijk van hun arbeidsverleden, leeftijd en de mate van hun arbeidsongeschiktheid. Wellicht is de toenemende jurisprudentie inzake art. 7:658 BW daarvan een uitvloeisel. Het komt immers aannemelijk voor dat dit, in

¹⁶⁴ Art. 43 onder f jo. art. 49 WIA.

de woordkeuze van Klosse, een werking is van communicerende vaten: naarmate het inkomen van de gelaedeerde werknemer vanuit de sociale zekerheid daalt, voelt hij zich meer gedwongen om de ongedekte restschade te verhalen op de werkgever, desnoods in rechte.

Een poging van de Commissie Donner om de sociale zekerheid nog verder te herzien en daarbij opnieuw een *risque professionnel* te introduceren door middel van de Extra Garantieregeling Beroepsziekten, heeft het met name door de weerstand van de SER tegen een *risque professionnel* niet gehaald.

Inmiddels bestaat er een wereld van verschil tussen de periode waarin art. 7A:1638x oud-BW tot stand kwam, en het begin van de eenentwintigste eeuw, waarin zijn opvolger art. 7:658 BW wordt toegepast. Desondanks is het wetsartikel zelf inhoudelijk maar weinig veranderd. Het is alleen aan de interpretatieve creativiteit van de rechterlijke macht te danken dat het artikel ten aanzien van de moderne aspecten van de hedendaagse arbeidsrelatie en arbeidsvervulling nog in redelijke mate functioneert. Met name de beschermingsgedachte jegens de werknemer die de oorspronkelijke wetgever heeft beoogd te verwezenlijken, en die zich uit in aspecten als ‘redelijkerwijs’ en de kwalificatie van eigen schuld van de werknemer, is door de Hoge Raad heel consistent gehandhaafd. De noodzakelijke, steeds verdergaande interpretatie van art. 7:658 BW noopt echter dat de wetgever aan art. 7:658 BW de kritische aandacht schenkt dat het ten tijde van de introductie van het Nieuw Burgerlijk Wetboek is misgelopen. Hier ligt derhalve een taak voor de wetgever: om art. 7:658 BW te moderniseren.

3 Arbeidsongevallen en beroepsziekten naar Nederlands recht

1 In het kort – de uitgangspunten van art. 7:658 BW

1.1 Inleiding

Art. 7:658 BW plaatst een zware zorgplicht voor de veiligheid en gezondheid van de werknemer op de schouders van de werkgever. Indien deze zorgplicht is geschonden en de werknemer daardoor schade heeft geleden, kan de werknemer aan deze bepaling een expliciet vorderingsrecht tot schadevergoeding ontlelen.

In meer algemene zin beoogt art. 7:658 BW te bewerkstelligen dat de werknemer wordt beschermd tegen (de gevolgen van) arbeidsongevallen en beroepsziekten voor zover dit in redelijkheid en in verband met de aard van de arbeid van de werkgever kan worden verlangd.¹ De beschermingsfunctie vormt het meest kenmerkende karakteristiek van art. 7:658 BW en komt op verschillende manieren tot uiting, bijvoorbeeld in de causaliteit, de bewijslastverdeling en de waardering van eigen schuld.

De grondslag van de zorgplicht van de werkgever vloeit ten dele voort uit de sociaal-economische situatie van de werkgever jegens zijn werknemer, zoals de ondergeschikte en afhankelijke positie van de werknemer ten opzichte van de werkgever. Ook de zeggenschap van de werkgever over de werkplek en de bevoegdheid om de werknemer aanwijzingen te geven over de (wijze van) uitoefening van diens werkzaamheden zijn hier van belang.² Het is immers de werkgever die de feitelijke macht heeft om de fysieke en psychische veiligheid van de door hem gecreëerde werkplek te beïnvloeden en de risico's daar zoveel mogelijk weg te nemen of te beperken. Dit weegt zwaar, want de werknemer brengt een belangrijk deel van zijn leven door in het arbeidsmilieu. In dit kader speelt ook het winststreven van de werkgever en het feit dat hij de

¹ HR 19 oktober 2001, NJ 2001, 663, LJN ZC3689 ('Postbode').

² HR 22 januari 1999, NJ 1999, 534, LJN ZC2783 (Reclassering Nederland/S.).

risico's van de werkplek en de uitoefening van de werkzaamheden om deze reden heeft gecreëerd; zodat het niet meer dan redelijk is dat eventuele verwezenlijke risico's eerder in zijn risicosfeer vallen dan in die van het potentiële slachtoffer, de werknemer.

De zware eisen die aan de zorgplicht van de werkgever worden gesteld, vinden hun herkomst in de zorgvuldigheids- c.q. veiligheidsnormen die een belangrijke invulling vormen van dezelfde zorgplicht.³ Een toerekenbare tekortkoming in de zorg waartoe een werkgever op grond van de verbintenrechtelijke relatie ten opzichte van zijn werknemer verplicht is, is immers niet wezenlijk anders dan een onrechtmatige daad jegens de werknemer.⁴

Hoewel art. 7:658 BW formeel een schuldaansprakelijkheidsregeling betreft, leunt het vanwege de beschermingsfunctie in de praktijk dicht aan tegen risicoaansprakelijkheid. Dit geldt vooral voor arbeidsongevallen; ten aanzien van beroepsziekten is het werkgeversaansprakelijkheidsrecht nog niet uitgekristalliseerd en kan niet van (een benadering van) risicoaansprakelijkheid worden gesproken. In hoofdstuk 6 paragraaf 2.3.1 wordt nader ingegaan op de verhouding tussen schuld- en risicoaansprakelijkheid van de werkgever.

Ook al weegt de zorgplicht van de werkgever ex art. 7:658 BW nog zo zwaar, de wetgever beoogt nadrukkelijk geen absolute waarborg te bieden voor de werknemer. In de rechtspraak wordt frequent naar dit uitgangspunt verwezen.⁵ Slechts indien de werkgever verwijtbaar tekort is geschoten in wat redelijkerwijze van hem mag worden gevorderd en er een aannemelijk (en niet weerlegd) causaal verband bestaat tussen deze verwijtbare tekortkoming en de schade van de werknemer, kan hij aansprakelijk zijn voor de schade. De werkgever is niet aansprakelijk op grond van art. 7:658 BW indien de schade van de werknemer niet is veroorzaakt door een tekortkoming van de werkgever, ook al is deze schade veroorzaakt in het arbeidsmilieu en ook al is

3 Het befaamde Kelderluik-arrest (HR 5 november 1965, NJ 1966, 136, LJN AB7079) is ook voor de invulling van het werkgeversaansprakelijkheidsrecht van groot belang. Vgl. Jansen & Loonstra 2006b, p. 101-113.

4 Vgl. Asser/Hartkamp 2006, nr. 8.

5 Enkele voorbeelden uit een lange reeks: HR 1 juli 1993, NJ 1993, 687, LJN ZC1027 (Power/Ardross), HR 24 juni 1994, NJ 1995, 137, LJN ZC1405 ('Rolsteiger'), HR 9 november 2001, NJ 2002, 80, LJN ZC3677 (Meuffels/Ca-La), HR 4 oktober 2002, NJ 2004, 175, LJN AE4090 ('Broodmes'), HR 16 mei 2003, NJ 2004, 176, LJN AF 7000 (Dusarduyn/Du Puy), HR 12 september 2003, NJ 2004, 177, LJN AF8254 ('Koffievlek'), HR 9 juli 2004, NJ 2005, 260, LJN AO8171 (Oost/Brands Bouwgroep), HR 5 november 2004, NJ 2005, 215, (Lozerhof/Van Duyvenbode), HR 27 april 2007, NJ 2008, 462, LJN AZ6717 (Kalai/Petit), HR 11 april 2008, NJ 2008, 465, LJN BC9225 (Tarioui/Vendrig-Ijsselstein), HR 12 december 2008, JAR 2009/15, LJN BD3129 (Maatzorg/De Graaf).

de schade van de werknemer nog zo ernstig.⁶ Dat is immers de consequentie van schuldaansprakelijkheid: geen schuld, dan ook geen aansprakelijkheid. (Maar in hoofdstuk 6 zullen wij zien dat het uitgangspunt van schuldaansprakelijkheid aan toenemende uitholling onderhevig is.)

Wat in redelijkheid van de werkgever mag worden gevergd ten aanzien van de concrete invulling van diens zorgplicht jegens de werknemer, is steeds afhankelijk van de omstandigheden van het geval.⁷ De ruime hoeveelheid jurisprudentie en arbitrage op dit punt bieden hierbij richtlijnen. Dit geldt in het bijzonder voor het Kelderluik-arrest, waarin de Hoge Raad algemene criteria heeft geformuleerd die tot een (verscherpte) zorgplicht kunnen leiden.⁸ Wanneer deze criteria op de werkgeversaansprakelijkheid worden toegespitst, zijn relevante omstandigheden die van belang zijn voor het bepalen c.q. de aanwezigheid van een zorgplicht van de werkgever vooral de aard van de werkzaamheden, de kenbaarheid van het gevaar, de te verwachten oplettendheid van de werknemer en de bezwaarlijkheid van het treffen van maatregelen. In het bijzonder geldt dat naar mate een arbeidssituatie gevaarlijker is, bijvoorbeeld doordat de werknemer wordt blootgesteld aan een gevaarlijk werktuig, meer van de werkgever in het kader van diens zorgplicht wordt gevergd.⁹ Hier spelen ook aspecten mee als de mate van waarschijnlijkheid dat de werknemer niet de vereiste oplettendheid en voorzichtigheid in acht zal nemen, de kans dat daardoor letsel ontstaat, de ernst van het letsel en de mate van bezwaarlijkheid van de te nemen veiligheidsmaatregelen.¹⁰ Jansen en Loonstra voegen hier nog een criterium aan toe: de voorzienbaarheid van het gevaar in relatie tot het antwoord op de vraag of de getroffen veiligheidsmaatregelen van de werkgever als adequaat kunnen worden beschouwd. Indien

6 Vgl. HR 7 december 2007, NJ 2007, 643, LJN BB5625 (X/Shell), Hof Den Haag 7 juli 2006, JA 2006/123 (X/Kalmar Solutions), Hof Amsterdam 19 juli 2007, JA 2008/14, LJN BB6134 (X/Kouwenhoven) en Ktr. Emmen 10 september 2008, JAR 2009/28, LJN BG7281 (X/RST Bouwssystemen). Deze gevallen hebben met elkaar gemeen dat steeds de werknemer van een ladder viel zonder dat sprake was van een verwijtbare tekortkoming in de zorgplicht van de werkgever, zodat de werknemer geen schadevergoeding ontving voor zijn in de uitvoering van de werkzaamheden ontstane letsel.

7 Vgl. Engelhard & Verheyden 1934, p. 199; Bier 1988, p. 179 e.v.; Lindenbergh 2006, p. 40. HR 14 april 1978, NJ 1979, 245, LJN AC3514 (Messaoudi/Hoechst), HR 10 juni 1983, NJ 1984, 20, LJN AG4611 (Berisa/Raymakers), HR 1 juli 1993, NJ 1993, 687, LJN ZC1027 (Power/Ardross), HR 24 juni 1994, NJ 1995, 137, LJN ZC1405 ('Rolsteiger').

8 HR 5 november 1965, NJ 1966, 136, LJN AB7079 ('Kelderluik').

9 Vgl. HR 11 november 2005, NJ 2008, 460, LJN AU3313 (Bayar/Wijnen), HR 20 januari 2006, NJ 2008, 461, LJN AT6013 ('Cementpomp').

10 Vgl. HR 26 september 2003, NJ 2003, 660, LJN A10830 (Zeeuwse Eilanden/Royal), HR 28 mei 2004, NJ 2005, 105, LJN AO4224 ('Jetblast') en HR 11 november 2005, NJ 2008, 460, LJN AU3313 (Bayar/Wijnen).

achteraf meer effectievere maatregelen mogelijk blijken, moet dan worden onderzocht in hoeverre het voor de hand lag dat deze werden genomen.¹¹

Het redelijkheidvereiste wordt in de praktijk streng uitgelegd: een werkgever kan zelden met succes verweren dat een bepaalde maatregel ter voorkoming van letsel in redelijkheid niet van hem kon worden gevergd.¹² De lat ligt hoog.

In paragraaf 3 van dit hoofdstuk zal ik in hoofdlijnen de meest belangrijke aspecten van de zorgplicht van de werkgever op grond van art. 7:658 BW beschrijven.

1.2 Definities van arbeidsongeval en beroepsziekte

De schade van de werknemer, zoals gesteld in art. 7:658 BW, kan *iedere* gradatie en aard van zowel materiële als immateriële schade betreffen, voor zover de wet een grondslag biedt tot vergoeding van dergelijke schade. Maar in de rechtspraktijk komt art. 7:658 BW pas aan bod indien sprake is van een arbeidsongeval of een beroepsziekte, althans van arbeidsgerelateerde *letsel*-schade (met alle materiële en immateriële schade die daaruit voortvloeit). In zoverre wordt art. 7:658 BW dan ook vanuit praktisch oogpunt aangeduid als de aansprakelijkheid van de werkgever voor arbeidsongevallen en beroepsziekten.

Art. 7:658 BW biedt echter geen definitie van deze begrippen. De Arbeidsomstandighedenwet vangt deze lacune op door een arbeidsongeval als volgt te omschrijven:

- een aan de *werknemer* overkomen,
- *ongewilde, plotselinge gebeurtenis* die
- *in verband met het verrichten van de arbeid* is geschied,
- die *schade* aan de *gezondheid* van de werknemer als *vrijwel onmiddellijk gevolg* heeft gehad en
- heeft geleid tot *ziekteverzuim*, of vrijwel onmiddellijk tot de *dood* heeft geleid.¹³

De Arbeidsomstandighedenwet sluit ‘pleistergevallen’ van haar werkingsfeer uit door gezondheidsschade nader aan te duiden als ernstig lichamenteel of geestelijk letsel wat binnen 24 uur na het tijdstip van de gebeurte-

¹¹ Jansen & Loonstra 2006b, p. 101-113, m.n. p. 111.

¹² Lindenberg 2000a, p. 29, Van Dijk 2002, p. 4 en Loonstra & Zondag 2008, p. 248-249.

¹³ Art. 1 lid 3 sub i Arbeidsomstandighedenwet 1998; de cursiveringen zijn van mij.

nis tot opname in een ziekenhuis ter observatie of behandeling leidt. Ook gezondheidsschade die naar redelijk oordeel blijvend zal zijn, wordt als ernstig gekwalificeerd.¹⁴ In de praktijk is dit verschil tussen de beide wetten nauwelijks relevant: de gelaedeerde werknemer die zich met een pleister kan behelpen, doet in de regel geen beroep op art. 7:658 BW.

Er zijn diverse gangbare definities voor een beroepsziekte. Deze hebben met elkaar gemeen dat er sprake moet zijn van een causaal verband tussen de arbeid of arbeidsomstandigheden en de gezondheidsklachten. Zo duidt de Arbeidsomstandighedenwet¹⁵ een *beroepsziekte* aan als een ziekte of aandoening die het gevolg is van een belasting die in overwegende mate in arbeid of arbeidsomstandigheden heeft plaatsgevonden. Het Nederlands Centrum voor Beroepsziekten (NCvB) hanteert zelfs twee definities, namelijk “een klinisch waarneembare aandoening die in overwegende mate door het werk of arbeidsomstandigheden is veroorzaakt” en “gezondheidsschade die er niet zou zijn geweest als de werkzaamheden niet zouden zijn uitgevoerd”.¹⁶

Naast arbeidsongevallen en beroepsziekten is er nog een derde categorie van arbeidsgerelateerde letselschade waarvoor de werkgever aansprakelijk gesteld kan worden. Dit zijn de gezondheidsklachten die noch duidelijk de ene of de andere categorie betreffen, maar desondanks onmiskenbaar arbeidsgerelateerd zijn. Een specifieke Nederlandse term is hier (nog) niet voor. Internationale organisaties, zoals de Internationale Arbeidsorganisatie (IAO of in het Engels: International Labour Organization (ILO)), geven de voorkeur aan een zeer ruime term, namelijk arbeidsgerelateerde aandoeningen (‘work-related complaints or disorders’). Concrete voorbeelden hiervan zijn rugklachten, RSI, werkgerelateerde stress en angst voor het krijgen van een beroepsziekte.

2 De uitdijende aansprakelijkheid van de werkgever

2.1 Inleiding

Art. 7:658 BW heeft, in essentie, twee kenmerken: het legt a) een zorgplicht voor de veiligheid en gezondheid van de werknemer op de schouders van de werkgever en biedt b) de werknemer een expliciet vorderingsrecht tot schadevergoeding wanneer deze zorgplicht is geschonden en de werknemer

¹⁴ Art. 9 Arbeidsomstandighedenwet 1998.

¹⁵ Art. 1.11 lid 1 Arbeidsomstandighedenwet 1998.

¹⁶ Beide definities zijn ontleend aan NCvB 2001, p. 13.

daardoor schade heeft geleden. De aard en reikwijdte van de zorgplicht van de werkgever heeft door wettelijke regelgeving en jurisprudentie duidelijk gestalte gekregen in de loop van met name de laatste decennia, zoals in de hiernavolgende paragrafen in grote lijnen zal worden besproken.

Toch wordt art. 7:658 BW nog voortdurend geconfronteerd met omstandigheden en vraagstukken waaruit blijkt dat het wetsartikel toch niet geheel en al in de pas (meer) loopt met moderne maatschappelijke ontwikkelingen; eenvoudigweg omdat de moderne arbeidssituaties en -relaties zo ver verwijderd zijn van wat de wetgever ooit als uitgangspunt voor ogen stond. Soms leidt dit tot een expliciete aanpassing c.q. aanvulling van het artikel, zoals bijvoorbeeld ten aanzien van uitzendkrachten (art. 7:658 lid 4 BW); andere keren tot een nieuwe of aanvullende interpretatie, zoals ten aanzien van psychisch letsel of verkeersongevallen tijdens woon-werkverkeer.

Er doen zich echter ook in toenemende mate omstandigheden voor die op zichzelf genomen wellicht verdedigbaar tot de aansprakelijkheid van de werkgever behoren, maar niettemin haaks staan op de bewoording van het artikel en de strekking van de daaraan gekoppelde jurisprudentie. Een typisch voorbeeld hiervan is een verkeersongeval op de openbare weg tijdens de uitoefening van de werkzaamheden, zonder dat van enige verwijtbaarheid van de werkgever sprake is.¹⁷ Dan zijn er nog problemen in aantocht, waarmee het artikel nauwelijks geëquipeerd is om mee om te gaan, zoals proportionele aansprakelijkheid in geval van een beroepsziekte met een exigistische oorzaak of een onzeker causaal verband tussen de schade en de blootstelling (longkanker, RSI, psychische klachten).

Kortom: er heeft een aanzienlijke uitdijning van werkgeversaansprakelijkheidsrecht plaatsgevonden en het is niet aannemelijk dat het einde van deze ontwikkeling reeds is bereikt. In de tussentijd wordt art. 7:658 BW echter op een steeds meer geforceerde wijze geïnterpreteerd, zodat de gedachte zich opdringt, dat het tijd wordt voor een herijking van art. 7:658 BW op een wijze die recht doet aan de huidige maatschappij.

2.2 Een ruime uitleg van het begrip 'werknemer'

Moderne maatschappelijke en economische ontwikkelingen op de arbeidsmarkt (bijvoorbeeld de opkomst van de uitzendkracht) hebben geleid tot een ruimere, meer welwillende uitleg van het begrip arbeidsovereenkomst. Sinds de invoering van de Wet Flexibiliteit en Zekerheid, waarbij lid 4 van art. 7:658

17 HR 12 januari 2001, NJ 2001, 253, LJN AA9434 (Vonk/Van der Hoeven).

BW is geïntroduceerd, kunnen ook bijvoorbeeld uitzendkrachten, stagiaires, vrijwilligers en ZZP'ers (bijvoorbeeld bouwvakkers binnen een keten van aannemingsconstructies) binnen het bereik en de bescherming van art. 7:658 BW vallen.¹⁸

Dezelfde ontwikkelingen leiden er ook toe dat steeds vaker, waar sprake is van een feitelijke situatie die *vergelijkbaar* is met een arbeidsovereenkomst, art. 7:658 BW analoog toepasselijk wordt verklaard. Dit kan ook het geval zijn waar geen sprake is van een formele arbeidsovereenkomst.¹⁹ Het is interessant om waar te nemen dat het antwoord op de vraag of sprake is van directe dan wel analoge toepasselijkheid van dit artikel, tegenwoordig beter lijkt te worden beantwoord door een (bevestigend) onderzoek naar het bestaan van een feitelijke *arbeidsrelatie* dan naar een formele *arbeidsovereenkomst*. (Enige oplettenheid is hierbij echter wel geboden, want lid 4 bevat noch een limitatieve opsomming noch zeer heldere bewoordingen.)

Ook de ontwikkelingen in de jurisprudentie lopen hiermee in de pas: zo besloot de Hoge Raad in het arrest over de reclasseringsmedewerker²⁰ dat de vergaande aansprakelijkheid van de werkgever voortvloeit uit diens sociaal-economische positie ten opzichte van de werknemer, de zeggenschap over de werkplek en zijn instructiebevoegdheid. Hiermee is het criterium van het bestaan van een formele arbeidsovereenkomst nog niet een stille dood gestorven, maar is het wel goeddeels van zijn belang ontdaan.

Een typische illustratie hiervan betreft de beslissing van het Hof Arnhem²¹ over een scholier die het slachtoffer werd van zijn stageactiviteiten bij een aannemingsfirma. Vanwege de stageovereenkomst werd art. 7A:1638x oud-BW niet rechtstreeks toepasselijk geacht. Niettemin paste het Hof wel de normen van dit artikel toe op grond van de overwegingen dat de door de scholier ver-

18 Vgl. HR 15 juni 1990, NJ 1990, 716, LJN AC4217 (Stormer/Vedox), HR 12 april 2002, NJ 2003, 138, LJN AD9124 (Heijboer/De Branding), HR 4 oktober 2002, NJ 2002, 557, LJN AE4080 (Excellent/Suares) en HR 30 januari 2004, NJ 2005, 235, LJN AN8601 (Van Kimmenade/Waijers), Hof Leeuwarden 22 maart 2006, JAR 2006/98, LJN AV6840 ('Thaise boortoren'), Hof Den Haag 31 maart 2009, NJF 2009, 258, LJN BI3303 (Oosthoek/Kemper BV/Van der Mark), President Rb. Den Bosch 9 juli 2007, JA 2007, 160 (X/Giesbers-Maasdijken), Ktr. Utrecht 4 februari 2009, JA 2009/76, LJN BH2287 (K./Bam) en Ktr. Zwolle 4 maart 2009, LJN BH7627 (X/Y).

19 Soms wordt, omwille van de bewijslastverdeling, een pleidooi voor een analogische toepassing van art. 7:658 BW wel zéér ruimdenkend beargumenteerd, zoals in de volgende zaak waarin – tevergeefs – werd gesteld dat de relatie tussen een patiënt en het ziekenhuis vergelijkbaar zou zijn met die tussen een werknemer en een werkgever: HR 7 juni 2002, JOL 2002/327, LJN AE3784 ('Diakonessen').

20 HR 22 januari 1999, NJ 1999, 534, LJN ZC2783 (Reclassering Nederland/S.).

21 Hof Arnhem 7 mei 1996, JAR 1996/127, LJN AG1188 (De Vries/Visser).

richte arbeid zodanig vergelijkbaar was met die van zijn collega's, de 'echte' werknemers, en hij evenzeer verplicht was om de instructies van de stagebegeleider (een werknemer van het aannemingsbedrijf) op te volgen. Een en ander rechtvaardigde de conclusie dat hier sprake was van een arbeidssituatie die een formele arbeidssituatie zo dicht benaderde, dat analoge toepassing van art. 7A:1638x oud-BW voor de hand lag.

Hoe dichter de feitelijke situatie tegen een arbeidsovereenkomst aanleunt, hoe meer kans bestaat dat de rechter bereid is tot analoge toepassing van art. 7:658 BW. Een loonbetalingsverplichting zijdens de werkgever is daarbij niet van doorslaggevend belang, zodat ook vrijwilligers onder omstandigheden als werknemer kunnen worden aangemerkt.²² Zeggenschap van de 'werkgever' en instructiebevoegdheid 'als in het kader van' een arbeidsovereenkomst zijn doorgaans wél doorslaggevend, wat in lijn is met de verplichtingen die ook jegens 'bijna'-werknemers in acht moeten worden genomen op grond van de arbobepalingen.²³

Andersom gaat dit ook op: wanneer de feitelijke verhouding tussen partijen weinig weg heeft van een arbeidsrelatie zal een claim ex art. 7:658 BW vermoedelijk vrij snel door de rechter worden afgewezen. Zo zal X, wanneer hij in opdracht van Y een bedrijfsfilm maakt van Y's bedrijfsterrein en daarbij ernstig letsel oploopt, aannemelijk niet Y kunnen aanspreken op enige tekortkoming van diens zorgplicht als werkgever. Onder een dergelijke omstandigheid kan Y bezwaarlijk als werkgever worden aangemerkt en ontbreken daarnaast de zeggenschap en de instructiebevoegdheid als van een werkgever aan de zijde van Y.²⁴ (Een vordering die is gebaseerd op art. 6:162 BW in samenhang met de schending van arbonormen is in zo'n situatie wellicht wel mogelijk, afhankelijk van de omstandigheden van het geval.)

In de praktijk wordt art. 7:658 BW echter ook (analoog) toegepast in situaties waarin niet sprake is van een particuliere werkgever-werknemer verhouding, maar wel met enige goede wil kan worden gesproken van een daarmee vergelijkbare situatie.²⁵ Hierdoor is het toepassingsgebied van deze artikelen aan-

22 Vgl. Hof Arnhem 11 januari 2005, JA 2005/18, LJN AS2588 (X/Dierenbescherming). Vgl. T. Hartlief 2002a, p. 72 en Van Boom 2004, p. 119-198. Wellicht gaat dit overigens ook op voor vrijwilligers van een wat minder 'vrijwillig' karakter, zoals zij die door de rechter zijn veroordeeld tot maatschappelijk dienstverlening en uit dien hoofde arbeid verrichten.

23 Vgl. de ruime definitie van 'werkgever' in art. 1 Arbeidsomstandighedenwet; zie hierover Van Dam 2000, p. 43-44.

24 Hof Amsterdam 8 augustus 1996, VR 1997, 58, LJN AJ6339 (Steenbergen/NAM).

25 Vgl. Rb. Rotterdam 23 maart 2000, rolnummer Ha Za 99-25/111313, niet gepubliceerd, waarin de rechter oordeelt dat een school ten opzichte van leerlingen een vergelijkbare zorgplicht heeft voor de veiligheid als werkgevers ten opzichte van hun werknemers; Hof Den Bosch

zienlijk verruimd. Hoewel art. 7:658 BW in strikte zin niet van toepassing is op ambtenaren in de zin van de Ambtenarenwet, heeft de Centrale Raad van Beroep in 2000 aangegeven de uit art. 7:658 BW voortvloeiende normen voortaan ook expliciet toe te zullen passen op de rechtspositie van de ambtenaar. Hierdoor is het bereik van dit artikel aanmerkelijk toegenomen.²⁶ Het lijkt erop dat hiermee *formeel* een einde is gekomen aan de door Van Maanen²⁷ terecht gewraakte ‘onaanvaardbare discriminatie’ tussen ambtenaren en werknemers. Materieel ligt dit echter in mijn opinie anders: hoewel hij goede wil toont, lijkt de Centrale Raad van Beroep weinig kaas te hebben gegeten van de beginselen waarop art. 7:658 BW is gestoeld.²⁸ In het bijzonder het toetsen van de zorgplicht – de basis van art. 7:658 BW – gebeurt nogal uit de losse pols en leidt dientengevolge tot uitspraken die van een civiele rechter ondenkbaar zouden zijn. Daarnaast acht de Raad zich niet gebonden aan de jurisprudentie van de Hoge Raad op het gebied van de bewijslastverdeling ex art. 7:658 BW en wijst dit af met een beroep op de verschillen in stel- en bewijsplicht van partijen in het burgerlijk procesrecht en het bestuursprocesrecht.²⁹ Hiermee wordt echter welhaast het fundament aan art. 7:658 BW onttrokken.

Evenmin is art. 7:658 BW van toepassing ten aanzien van de zeeman, dat wil zeggen respectievelijk de kapitein, de schepelingen aan boord van een zeeschip³⁰ en zeevissers op grond van art. 390, 450b en 452 Wetboek van

23 februari 1999, NJ 2000, 370, LJN AD3019 (Van Dijk/Pisters) in navolging van HR 15 juni 1990, NJ 1990, 716, LJN AC4217 (Stormer/Vedox) en CRvB 22 november 2001, JAR 2002/15 (De Staatssecretaris van Financiën/Van den Hoef-Zaeyen).

26 CRvB 22 juni 2000, TAR 2000, 12 (‘Psychiatrisch ziekenhuis’). Zie ook de besprekingen van deze uitspraak door Jongens 2001, p. 13-15, Van der Kind 2000, p. 13 e.v. en Lindenbergh 2000b, p. 118 e.v.

27 Vgl. zijn noot bij CRvB 11 november 1999, JB 1999, 306 (‘Penitentiaire inrichtingsmedewerker’).

28 Vgl. CRvB 22 augustus 2002, VR 2002, 210 (X/Staatssecr. van Defensie), waarin een vrouwelijke matroos tijdens een voor teambuilding bedoelde sportdag uitgleed over een natte, opblaasbare hindernis en daarbij haar rug blesseerde. Hoewel het ongeval kennelijk had plaatsgevonden tijdens de diensttijd (dit blijkt niet met zoveel woorden uit de uitspraak) en als dienstongeval werd gekwalificeerd, wees de Raad aansprakelijkheid zijdens de Staatssecretaris af op grond van de argumentatie dat hij (op grond van enige kwestieuze argumenten) niet was tekortgeschoten in zijn zorgplicht, zodat de enkele (ontbeerde) waarschuwing dat de hindernis glad was en een voorzichtige benadering vereiste daar niet aan af deed. Kennelijk vat de Raad het geven van een zeer relevante waarschuwing niet op als iets wat in redelijkheid van de ‘werkgever’ mag worden geleverd; sterker nog, als een irrelevante omstandigheid. Vgl. ook Jongens 2002, p. 2-5, waarin een interessante bespreking van diverse vergelijkbare uitspraken kan worden gevonden en zo ook Van Maanen 2001, p. 31-44. Anders Brinkkemper 2009: hij komt tot de conclusie dat de private werkgever en de overheidswerkgever op gelijke wijze invulling geven aan de norm van art. 7:658 BW.

29 CRvB 19 september 2002, VR 2002, 211 (A/College van B & W Den Haag) besproken door Bier 2002, p. 377.

30 Volgens het traditionele karakter van het zeerecht, waarin zeelieden worden geacht de risico's van een bestaan op zee te aanvaarden en niet op hun werkgever af te (willen) schuiven,

Koophandel. Toch lijken rechters zich dit niet erg aan te trekken en oordelen zij met expliciete verwijzing naar de toepasselijkheid van art. 7:658 BW. De Rechtbank Amsterdam bijvoorbeeld heeft eenvoudigweg gesteld dat niet valt in te zien waarom een schepeling aan boord van een schip minder bescherming zou verdienen tegen onveilige werksituaties dan werknemers op de wal.³¹ Ook de Hoge Raad heeft een soortgelijk standpunt ingenomen door te stellen dat, hoewel art. 391 WvK strikt gesproken de toepasselijkheid van art. 7:658 (lid 4) BW belet, toch moet worden aanvaard dat het eerstgenoemde artikel niet eraan in de weg staat om aan te nemen dat eventuele fouten van een kapitein, die hebben bijgedragen tot het ontstaan van schade waarvan hij op grond van onrechtmatige daad schadevergoeding vordert van de werkgever, slechts aan hem kunnen worden toegerekend indien de schade in belangrijke mate het gevolg is van zijn opzet of bewuste roekeloosheid.³² De aansprakelijkheid van de werkgever in een dergelijk geval moet worden beoordeeld conform de norm van art. 7:658 BW, met inbegrip van de daarin besloten regels van stelplicht en bewijslast.³³ Sinds de samenvoeging van het kantongerecht en de rechtbank is ook de sectorcompetentie van de rechter een loze kwestie geworden.³⁴

De reden voor het historische onderscheid tussen zeelieden ter schip en zeelieden aan wal enerzijds, en tussen zeelieden in het algemeen en werknemers anderzijds, is terug te voeren op de arbeidsomstandigheden en -gebruiken omstreeks 1907, ten tijde van de invoering van art. 7A:1638x oud-BW. Veel is niet hierover terug te vinden in de parlementaire geschiedenis, behalve het standpunt van de wetgever dat vanwege de “bijzondere omstandigheden

worden deze personen be- en veroordeeld naar de verhouding waarin hun handelen of nalaten tot de schade heeft bijgedragen (art. 6:101 BW). Vgl. Ktr. Amsterdam 29 december 1999, Prg. 2000, 5451, LJN 0042 (Swijters/Bakengracht). Dit uitgangspunt maakt tegenwoordig een achterhaalde indruk.

- 31 Rb. Amsterdam 7 februari 2001, rolnummer H 00.1083 (Swijters/Bakengracht), met navolging door Rb. Den Haag 10 december 2008, JA 2009/75, LJN BH5031 (X/Rona). Anders Rb. Groningen 30 mei 2002, JAR 2002/141, LJN AG7881 (Duarte/Wagenborg), waarin de rechter een beroep op art. 7:658 BW uitgesloten acht voor een zeevarende, maar een beroep op art. 7:611 BW niet. Niettemin meent de rechter dat ‘de vordering ex art. 7:611 BW [...] in dit geval [moet] worden beoordeeld naar de norm van art. 7:658 BW’. Dit leidt in casu tot de conclusie dat de werkgever aansprakelijk is voor de dodelijke val van matroos Duarte. Vgl. ook Beker 1998, p. 4-8.
- 32 HR 12 april 2002, NJ 2002, 138 (Heijboer/De Branding), herhaald in HR 9 mei 2003, NJ 2007, 352, LJN AF 3412 (El Hachoui/Hester), Hof Den Haag 9 februari 2007, LJN BA1606 (Atlantic/X) en Rb. Den Haag 10 december 2008, JA 2009/75, LJN BH5031 (X/Rona).
- 33 Vgl. HR 6 december 1996, NJ 1997, 398, LJN ZC2219 (Fortes/Smits), HR 12 april 2002, NJ 2002, 138 (Heijboer/De Branding), Rb. Rotterdam 20 december 2001, NJ 2002, 136, LJN AE0871 (Hester/El Hachoui), Rb. Groningen 30 mei 2002, JAR 2002/41, Ktr. Rotterdam 4 juni 2002, JAR 2002/83, LJN AG7901 (Da Cruz/Amstelstraat).
- 34 Rb. Den Haag 10 december 2008, JA 2009/75, LJN BH5031 (X/Rona BV).

waaronder op eene zeereis de arbeid wordt verricht”³⁵ de algemene regeling van de arbeidsovereenkomst beter buiten toepassing kon blijven. Tegenwoordig valt toch bezwaarlijk in te zien dat er enig essentieel verschil bestaat tussen zeevarenden en werknemers aan wal wat een onderscheid in juridische positie zou rechtvaardigen. Dit wordt nog slechts nader bemoeilijkt door de omstandigheden dat zeevarenden, doordat zij geen bescherming ex art. 7:658 BW genieten noch een beroep kunnen doen op lid 4 van dit artikel, zijn aangewezen op een beduidend moeilijkere bewijslast. Het komt mij dan ook voor dat de uitsluiting van kapiteins, zeelieden en zeevissers van art. 7:658 BW een anachronisme is dat spoedig aanpassing behoeft.³⁶

2.3 Een ruime uitleg van het begrip ‘werkgever’

De artikelen 7A:1638x oud-BW en 7:658 BW hebben formeel alleen betrekking op werknemers die in dienst zijn van *particuliere* werkgevers. In de parlementaire geschiedenis van de voorlaatste eeuwwisseling wordt door de parlementsleden het begrip ‘werkgever’ synoniem gehanteerd met de term ‘patroon’. Dit wekt de indruk dat hen daarbij een natuurlijke persoon voor ogen stond, die op persoonlijke en wellicht zelfs vaderlijke wijze zorg droeg voor de veiligheid van zijn arbeiders.

In het kielzog van een eeuw van modernisering en globalisering hebben de BV’s en de NV’s echter een zodanig grote vlucht genomen dat de werknemers die in dienst zijn van een natuurlijke persoon tegenwoordig beduidend in de minderheid zijn. Veruit de meeste werknemers zijn nu in dienst van een rechtspersoon die in rechte en feitelijk wordt vertegenwoordigd door natuurlijke personen. Voor de toepasselijkheid van art. 7:658 BW is het echter irrelevant of de tekortkoming in de zorgplicht die een arbeidsongeval of een beroepsziekte ten gevolge heeft, direct te wijten is aan een natuurlijke werkgever dan wel aan een hulppersoon van de rechtspersoon en derhalve aan de werkgever moet worden toegerekend. Ook in het laatste geval is de rechtspersoon als zodanig aansprakelijk op grond van art. 7:658 BW; in die zin maakt het daarom niet uit welke persoon in de rangorde van de organisatiestructuur is tekortgeschoten. Dit sluit echter niet de (in de praktijk zeldzame) mogelijkheid³⁷ uit om de bestuurders van een rechtspersoon persoonlijk aan te spreken; op hen rust immers persoonlijk de plicht om op de

35 TK 1928-1929, 190, nr. 3, p. 3, 6 en 14.

36 In gelijke zin de conclusie van A-G Langemeijer in HR 12 april 2002, NJ 2002, 138 (Heijboer/De Branding).

37 In de praktijk komt dit zelden voor; vermoedelijk spelen hierbij met name financiële overwegingen een rol.

veiligheid binnen de onderneming toe te zien en zij kunnen daarvoor dan ook persoonlijk aansprakelijk worden gesteld.³⁸

Ook is het denkbaar dat, indien de omstandigheden van het geval daartoe nopen, een moeder- of dochtermaatschappij, een holding of een rechtsopvolger kan worden aangesproken ter zake van de aansprakelijkheid van de schadeplichtige rechtspersoon.³⁹

Dat tenslotte het noodzakelijke ‘particuliere’ karakter van de werkgever eigenlijk ook al een verlaten standpunt is, is reeds uit de voorgaande paragraaf gebleken.

2.4 Een ruime uitleg van het begrip ‘werkplek’

Geen enkel begrip in art. 7:658 BW komt zo achterhaald voor als de term ‘lokaal’. In de parlementaire geschiedenis is nooit gedebatteerd over de definitie van dit onderwerp. Dit wekt tegenwoordig de impressie dat deze term destijds zo zonneklaar was, dat vragen of opmerkingen daarover overbodig werden geacht.⁴⁰

Het is aardig om een moment af te vragen wat de wetgever een eeuw geleden onder ‘lokaal’ verstond. Een teleologische interpretatie van ‘lokaal’ suggereert naar het spraakgebruik van destijds een omsloten werkvloer; een omgeving die naar zijn aard de uitoefening van zeggenschap en toezicht relatief eenvoudig maakte. Juist die arbeidsrisico’s die de wetgever door maatschappelijke pressie tot de introductie van art. 7A:1638x oud-BW hadden gedwongen, speelden zich typisch af in een fabriekslokaal. Dit leidt tot de voorzichtige veronderstelling dat de wetgever met ‘lokaal’ vooral een omsloten fabrieksruimte op het oog had of, wellicht zelfs nog meer specifiek, de individuele werkplek van een fabrieksarbeider.

Nergens in de parlementaire geschiedenis van art. 7A:1638x oud-BW blijkt dat de wetgever zich rekenschap heeft gegeven van de mogelijkheid dat de werknemer zich in de uitoefening van zijn werkzaamheden buiten het lokaal

³⁸ Vgl. HR 15 oktober 1982, NJ 1984, 21, LJN AG4457 (Bahou/Fireco); zie ook Wessels 1990, p. 87 e.v.

³⁹ Vgl. Bier 1998, 2020-12.

⁴⁰ Wel is aan de orde geweest, wat de zorgplicht van de werkgever zou behelzen voor in de bouw werkzame arbeiders, die immers doorgaans in de open lucht werken. De Memorie van Toelichting gaat hier niet verder op in dan te constateren dat de zorgplicht van de werkgever inhoudt, dat hij moet “zorgen, dat de arbeid met zo weinig mogelijk gevaar voor den arbeider” geschiedt. Daar blijft het bij. Zie Bles 1909, p. 294.

zou kunnen begeven en daar aan arbeidsrisico's blootgesteld kon worden; alsof de gevaren daarbuiten niet relevant genoeg waren om die discussie te rechtvaardigen. Dit kan ook niet echt verwondering wekken: het verkeer van de dag was nog paard en wagen. Het spoorwegennet was pas enkele decennia in opkomst, gemotoriseerd verkeer bestond nog niet of nauwelijks en van snelwegen had nog niemand gedroomd.⁴¹ Wie werkte, deed dat binnen loopafstand van zijn woning.

In de huidige betekenis van het woord 'lokaal' is het 'ommuurde' aspect duidelijk vervaagd. Dit is niet echt verwonderlijk, want het al dan niet ommuurd zijn is niet meer relevant voor de moderne werkplek.⁴²

De Hoge Raad heeft zich lange tijd afzijdig gehouden van een nadere invulling van het begrip 'lokaal'. Meestal wordt neutraal gesproken over de 'werksituatie', zonder nader te specificeren, wat daaronder mag worden verstaan.⁴³ Het eerste arrest waarin de Hoge Raad specifiek is ingegaan op de vraag of een arbeidsongeval plaats heeft gevonden binnen het 'lokaal', betreft het arrest Power/Ardross uit 1993.⁴⁴ Werknemer Power was het slachtoffer geworden van een vallend metalen voorwerp op het bedrijfsterrein van Esso, juist op het moment dat hij een deel van dit terrein overstak waar hij formeel niets te zoeken had. In cassatie werd gevraagd of het gehele bedrijfsterrein van Esso nu onder 'lokaal' diende te worden begrepen dan wel slechts het stukje van het Esso-terrein waar de werknemers van werkgever Ardross feitelijk werkzaam waren. De Hoge Raad deed deze vraag op bondige wijze af door te stellen:

"Het strookt (...) met de *strekking* van genoemde wetsbepaling om aan te nemen dat de daarin aan de werkgever opgelegde zorgverplichtingen voor de veiligheid van zijn werknemers zich in een situatie als de onderhavige niet beperken tot specifieke, in verband met de aard van de daar verrichte arbeid op de veiligheid op de werkplek toegesneden verplichtingen, maar daarenboven in beginsel mede betrekking hebben *op het gehele bouwterrein*, ook voor zover daarop door derden werkzaamheden worden verricht."⁴⁵

41 Zo werd Amsterdam Centraal Station pas op 15 oktober 1889 geopend. Op 17 december 1895 reed de eerste auto in Nederland; deze was het eigendom van de industrieel Jos Bogaers.

42 Vgl. Van Zwam & Van Drongelen 1988, p. 389, met een reactie van Van Drongelen 1989, p. 486.

43 Bijvoorbeeld HR 27 maart 1992, NJ 1992, 496, LJN ZC0559 (Morsink/Nebem).

44 HR 1 juli 1993, NJ 1993, 687, LJN ZC1027 (Power/Ardross).

45 Zie r.o. 3.4. Cursiveringen van mij.

De omstandigheden dat de werknemer ten tijde van het ongeval niet meer bezig was in de uitoefening van zijn werkzaamheden noch zich op de ‘feitelijke’ werkplek bevond, heeft de Hoge Raad omwille van de beschermende strekking van art. 7A:1638x oud-BW er niet van weerhouden om aansprakelijkheid van werkgever Ardross te aanvaarden. In 2000 werd dit bevestigd in het arrest Van Uiter/Jalas.⁴⁶ Hierin maakte de Hoge Raad duidelijk dat wanneer een werknemer afwijkt van de opdracht om op lokatie A te werken en in plaats daarvan zijn werkzaamheden verricht op de nabije lokatie B, dit niets afdoet aan de verantwoordelijkheid van de werkgever om te zorgen dat de uitvoering van die werkzaamheden veilig geschiedt.

In 2001 heeft de Hoge Raad in het Postbode-arrest aangegeven dat ook de openbare weg en het vervoermiddel van de werknemer onder het begrip ‘lokaal’ kunnen vallen. De omstandigheid dat de werkgever in praktische zin weinig zeggenschap over of toezicht op de werknemer kan uitoefenen wanneer deze zich op de openbare weg bevindt, verschoont hem niet van zijn zorgplicht om te voorkomen dat de werknemer daar schade zou lijden.⁴⁷ Zeker bij een functie die naar zijn aard zo ambulant is als die van een postbode, zou een enge interpretatie van het begrip ‘lokaal’ leiden tot een ernstige uitholling van de bijzondere beschermingsfunctie van art. 7:658 BW. In het recente Autop-arrest van 2009 is dit standpunt herhaald; zelfs een onbemand tankstation kan gelden als ‘arbeidsplaats’ in de zin van de Arbeidsomstandighedenwet (en dus, gelet op de nauwe samenhang met art. 7:658 BW aannemelijk ook als ‘lokaal’ – ook al is het een ‘lokaal’ waar de werkgever nooit is geweest).⁴⁸ De oorspronkelijke gedachte dat de werkgever aansprakelijk kan zijn juist *vanwege* diens machtspositie in ‘zijn’ lokaal, heeft dus behoorlijk aan relevantie ingeboet.

Hiermee is echter nog geen duidelijkheid gegeven over die arbeidsongevallen, die niet in het ‘lokaal’, op de ‘arbeidsplaats’, of in een meer moderne benaming op de ‘werkplek’ zijn geschied, maar bijvoorbeeld in de woning van de werknemer. Dit was de situatie die centraal stond in het Reclasseringsmedewerker-arrest.⁴⁹ In dit arrest werd de reclasseringsmedewerker S. ’s avonds door een familielid van een cliënt aangevallen in de deuropening van zijn woning en door deze heftig met een hamer bewerkt. S. stelde zijn werkgever Stichting Reclassering Nederland aansprakelijk voor zijn schade op grond van art. 7A:1638x oud-BW omdat deze als werkgever tekort was

46 HR 15 december 2000, NJ 2001, 198, LJN AA9048 (Van Uiter/Jalas).

47 HR 19 oktober 2001, NJ 2001, 663, LJN ZC3689 (‘Postbode’).

48 Vgl. HR 20 februari 2009, JAR 2009/76, LJN BF0003 (X/Autop Roermond).

49 HR 22 januari 1999, NJ 1999, 534, LJN ZC2783 (Reclassering Nederland/S.).

geschoten in de zorgplicht voor zijn veiligheid. In cassatie stelde de Hoge Raad het volgende over de strekking van art. 7A:1638x oud-BW:

“De door de rechtbank gehanteerde maatstaf is noch met de bewoordingen, noch met de strekking van art. 7A:1638x te verenigen. Naar zijn tekst gaat het in het eerste lid van dit artikel om een zorgplicht van de werkgever voor de veiligheid van de *werkomgeving* (curs. YW) en van de gebruikte werktuigen. Ook al dienen dit vereiste en het vereiste dat de schade de werknemer in de uitoefening van de werkzaamheden is overkomen, ruim te worden uitgelegd, er bestaat geen goede grond deze, ook in het huidige art. 7:658 vervatte vereisten geheel ter zijde te stellen en de werkgever ook aansprakelijk te achten voor ongevallen die de werknemer in zijn privé-situatie zijn overkomen.”

De Hoge Raad ging in het geheel niet meer in op de in eerste aanleg bestreden kwestie ‘lokaal’ maar sprak eenvoudigweg van ‘werkomgeving’ en ‘werkplek’; dit is een veel ruimer begrip dan het naar zijn aard begrensde ‘lokaal’. Daarbij werd aangegeven dat de privésituatie van de werknemer ‘in de regel’ niet binnen de werkingssfeer van art. 7A:1638x oud-BW valt, omdat het de werkgever in zo’n situatie aan de noodzakelijke zeggenschap en toezichthoudende bevoegdheid ontbreekt.

De zeer voorzichtige benadering van de Hoge Raad heeft dan ook aanleiding gegeven tot diverse pogingen in de rechtsliteratuur om een nader antwoord te geven op de vraag, wanneer de werkgever aansprakelijk is voor schade die de werknemer in diens eigen woning is overkomen. Dit is een heel reële vraag, want, nu het steeds meer gebruikelijk wordt om (een deel van de werktijd) thuis te werken, wordt de vergoedingsvraag voor geleden schade in de privé-situatie evenredig meer actueel. Het antwoord blijkt nauw samen te hangen met de visie op de zeggenschap van de werkgever in de woning van de werknemer.

Zo meent Strikwerda dat de verplichtingen van de werkgever op grond van art. 7A:1638x oud-BW c.q. art. 7:658 BW niet gericht zijn op alle risico’s die een werknemer in verband met de aard van zijn werkzaamheden waar dan ook loopt, maar speciaal is gericht op de aan het werk zelf en aan de werkomgeving verbonden risico’s, zodat alles, wat zich buiten het werkmilieu afspeelt, aan de werking van deze wettelijke bepalingen is onttrokken. Dit geldt zijn inziens bij uitstek voor alles wat zich in de privésituatie van de werknemer voordoet, waar de werkgever geen zeggenschap heeft en zijn verantwoordelijkheid ‘dus’ niet kan waarmaken. Hierin wordt hij gesteund door

Koopmans en Bolt.⁵⁰ Ook Brunink en De Winter⁵¹ sluiten zich hierbij aan, zij het in wat meer gematigde termen. Wel wijzen zij met nadruk erop dat de Hoge Raad zijn regel inzake de reclasseringsmedewerker alleen heeft gegeven voor schade samenhangend met de werkzaamheden, wat niet helemaal hetzelfde is als schade die is geleden in de uitoefening van werkzaamheden in de privésfeer. In dit kader menen zij dat op de uitsluiting van de aansprakelijkheid van de werkgever ex art. 7:658 BW voor de privésituatie ingevolge het Arbeidsomstandighedenbesluit⁵² een uitzondering moet worden gemaakt voor schade veroorzaakt door zaken, die door de werkgever aan de werknemer ter beschikking zijn gesteld.

Lindenbergh daarentegen hecht relatief minder belang aan het zeggenschaps criterium. Hij interpreteert het arrest over de reclasseringsmedewerker aldus, dat, “naarmate het verband met de werkplek in *ruimtelijk* (curs. YW) opzicht sterker is, aan de factor zeggenschap in concreto minder gewicht toekomt (Power/Ardross), maar dat wanneer het ongeval buiten de bedrijfs-situatie plaatsheeft juist de vraag of de werkgever een instructiebevoegdheid en enige zeggenschap had over de wijze waarop de arbeid diende te worden verricht bepalend is (...).”⁵³ Hiervan kan naar zijn mening bijvoorbeeld sprake zijn in “(...) gevallen waarin de werkplek van de werknemer ‘thuis’ is, omdat hij wordt geacht frequent of uitsluitend thuis arbeid te verrichten. De werkgever kan, mag (en onder omstandigheden moet) de werknemer in dat geval wel degelijk aanwijzingen verstrekken, bijvoorbeeld met betrekking tot een gezonde werkhouding en tijdsindeling. Daaraan doet niet af dat hij niet steeds op de naleving daarvan kan toezien. Het verstrekt hebben van dergelijke aanwijzingen zal hem bij niet-naleving daarvan door de werknemer van aansprakelijkheid kunnen ontslaan.”⁵⁴

Ook Hartlief betuigt zich een sterk voorstander van een bredere uitleg van het begrip werkplek.⁵⁵ Hij is van oordeel dat uit het Reclasserings-arrest wel degelijk onder omstandigheden een veiligheidsverplichting ex art. 7:658 BW kan worden afgeleid ten aanzien van de (semi-)privésituatie, daar de Hoge Raad immers heeft gesteld dat de werkgever ‘in de regel’ geen zeggenschap of bevoegdheid kan uitoefenen in de privésituatie van de werknemer. Naar zijn

50 Vgl. A-G Strikwerda in zijn conclusie van het onderhavige arrest, onder nr. 12; de conclusie van Koopmans onder nr. 7 voor HR 1 juli 1993, NJ 1993, 687, LJN ZC1027 (Power/Ardross) en Bolt in Bolt & Spier 1996, p. 88-89.

51 Brunink & De Winter 1999, p. 34-35.

52 Vgl. artt. 5.2, 5.15 lid 1, 6.30 lid 1 en 7.5 Arbeidsomstandighedenbesluit, 15 januari 1997, Stb. 1997, 60; althans voor zover dit Besluit expliciet op thuiswerkers van toepassing is.

53 Lindenbergh 1999, p. 50.

54 Lindenbergh 1999, p. 50.

55 Hartlief 1997, p. 507-508.

mening (die ik deel) vormt de positie van de werkgever jegens de (telewerkende) thuiswerker op die regel een uitzondering, omdat in deze omstandigheid de werkgever wél enige zeggenschap en bevoegdheid kan uitoefenen ten aanzien van de door de werknemer thuis te verrichten arbeid en ten aanzien van de inrichting van de werkplek.⁵⁶ Verder meent hij dat ook in gevallen waarbij de werknemer zich voor zijn werk – dus *vanwege* de uitvoering van de arbeids-overeenkomst – buiten het eigenlijke ‘lokaal’ begeeft, zoals tijdens deelname aan het verkeer⁵⁷, het volgen van cursussen, onderwijs en sportles, van een werkplek kan worden gesproken; een ‘functionele’ werkplek als het ware.

Kalshoven gaat nog verder en meent dat er überhaupt geen sprake is van een ongeval in de privésituatie wanneer een thuiswerker thuis een ongeval overkomt tijdens zijn werkzaamheden. Een dergelijk arbeidsongeval dient dan wel degelijk te worden beoordeeld naar art. 7:658 BW.⁵⁸ De bevoegdheid van de werkgever om zeggenschap te (kunnen) hebben over de werkplek en bevoegd te zijn om daar aanwijzingen te geven over de uitoefening van de werkzaamheden is in zijn visie slechts van beperkte betekenis wanneer het gaat om thuis- of telewerkers.

Bier⁵⁹ is wellicht het meest vooruitstrevend: zij “(...) ziet niet helemaal waarom de werkgever geen verplichting uit art. 7:658 BW zou hebben indien hij weet dat de werknemer thuis aan een ernstig en specifiek gevaar is blootgesteld vanwege zijn werkzaamheden.” Het gaat haar te ver om als hoofdregel te stellen dat de werkgever in het geheel geen veiligheidsverplichtingen heeft binnen het privémilieu van de werknemer. Zij bestrijdt het argument van Strikwerda door te erkennen dat, hoewel de werkgever de privéomgeving niet kan beheersen en in die zin geen zeggenschap heeft, dit niet afdoet aan zijn bevoegdheid om aanwijzingen te geven of middelen te verstrekken. Bier benadrukt dat de specifieke verwoording van de Hoge Raad in dit arrest wellicht is ingegeven door de achtergrond van de omstandigheden van het geval, namelijk een beschuldiging van ontucht door zijn aanrander, gesteund door meerdere aangiften van ontucht door andere cliënten, waarvan enkele ook tot een veroordeling hebben geleid. Zij overweegt dat de Hoge Raad wellicht gevoelig is geweest voor het argument dat het in casu onbillijk zou zijn geweest

⁵⁶ Hartlief 2002a, p. 69.

⁵⁷ Met verwijzing naar CRvB 30 november 1989, VR 1995, 58 (M/B & W Eindhoven) waarin de Raad geen aansprakelijkheid aanvaardt voor de schade die een schooldocent heeft opgelopen doordat hij een racefiets had gebruikt om in de krappe tijd die hem ter beschikking stond om zich van het schoolgebouw naar de volgende les in een dependance te begeven, waarbij hij ten val was gekomen.

⁵⁸ Kalshoven 1999, p. 3.

⁵⁹ Aldus Bier 1999, p. 230.

indien de werkgever in het licht van deze omstandigheden een aanzienlijke schadevergoeding aan de werknemer had moeten betalen.

Wanneer nu het arrest Power/Ardross wordt vergeleken met Reclasserings-medewerker, valt op dat in het eerstgenoemde arrest de Hoge Raad de strekking van het wetsartikel benut om, in tegenstelling tot de meest letterlijk mogelijke interpretatie, de werknemer een juridische bescherming te bieden waar dit in het licht van de feitelijke omstandigheden redelijk en billijk lijkt. Daarbij heeft de Hoge Raad zich niet gestoord aan het gegeven dat de werkgever niet die feitelijke zeggenschap heeft over de werkplek, die volgens de historische achtergrond noodzakelijk wordt geacht. Maar wanneer de werkplek is gesitueerd in de privésituatie van de werknemer – waar feitelijke zeggenschap niet of nauwelijks aanwezig is – wordt de zorgplicht (in beginsel) begrensd vanwege het ontbreken van zeggenschap.

Het is vooral in de recente, lagere jurisprudentie, dat de grenzen van het begrip ‘lokaal’ het verst worden opgerekt. Zo werd vrachtwagenchauffeur Schoofs het slachtoffer van een ongeval terwijl hij een klant op diens bedrijfsterrein assisteerde in het uitladen van bundels stalen buizen uit zijn vrachtwagen. De rechtbank stelde vast dat werkgever Brouwer tekort was geschoten in zijn zorgplicht ex art. 7:658 BW door geen veiligheidsinstructie te hanteren voor het (helpen bij) het laden en lossen. Daarbij merkte de rechtbank de (werknemer van de) klant aan als hulppersoon van werkgever Brouwer en rekende diens klunzige gedragingen in zoverre aan Brouwer toe. Dat Brouwer feitelijk weinig of niets te zeggen had op het terrein van de klant, achtte de rechtbank niet relevant: “(...) dat Brouwer bij gebrek aan zeggenschap over het betreffende bedrijfsterrein de zorg voor de veiligheid van haar werknemers daar (vrijwel) geheel moet overlaten aan anderen bevrijdt Brouwer niet van haar vorenbedoelde zorgplicht.”⁶⁰

Deze casus toont mooi aan dat het door Strikwerda c.s. gehanteerde argument, namelijk dat het begrip ‘lokaal’ eng moet worden uitgelegd en niet verder reikt dan de zeggenschap van de werkgever, zowel maatschappelijk als juridisch tekortschiet. Zou dit argument worden aanvaard, dan zou hiervan immers de praktische consequentie zijn dat, nu de werknemer in deze casus zich slechts zelden op de werkplek in contractuele zin bevindt en zich het merendeel van de werktijd buiten het feitelijk bereik van de zeggenschap en het toezicht van de werkgever bevindt, de werkgever in vergaande mate zou zijn gevrijwaard van aansprakelijkheid ex art. 7:658 BW. Of, met andere

60 Rb. Utrecht 19 januari 2000, JAR 2000/59, LJN ZL0942 (Schoofs/Brouwer), r.o. 4.6; deze uitspraak is geheel in lijn met HR 25 juni 1993, NJ 1993, 686, LJN AC1907 (Cijssouw/De Schelde I).

woorden, als een werknemer als Schoofs in de normale uitoefening van zijn werkzaamheden een ongeval zou overkomen – wat het meest waarschijnlijk op de openbare weg of op het bedrijfsterrein van een cliënt zou gebeuren – hij in deze omstandigheden de daaruit voortvloeiende schade mogelijk zelf moet dragen, ook al bestaat er een duidelijke en reële link tussen deze schade en zijn werkzaamheden. Indien deze ‘enge’ interpretatie van het begrip ‘lokaal’ leidt tot een dergelijke uitkomst, komt mij dit naar huidige maatstaven als onredelijk en onbevredigend voor, zodat deze theorie in samenhang met het zeggenschaps criterium moet worden afgewezen.

Kortom, na zo’n honderd jaar is ‘het lokaal’ niet langer meer de specifieke locatie waar de arbeider zich moet vervoegen om te werken, maar veeleer de werkomgeving van de werknemer, ook als hij zijn werkzaamheden vervult in de openbare ruimte. Dit doet geen (juridische) afbreuk aan de zeggenschap van de werkgever. Maar de discrepantie tussen de oorspronkelijke betekenis en de huidige betekenis van het woord ‘lokaal’ is inmiddels zo groot geworden, dat het hoog tijd wordt voor een meer moderne benaming van het begrip ‘lokaal’, waarbij meer de nadruk wordt gelegd op de uitoefening van de werkzaamheden dan op een specifieke plaatsaanduiding.

2.5 Een ruime uitleg van het begrip ‘immateriële schade’

Tot de laatste eeuwwisseling werd onder ‘immateriële schade’ algemeen slechts een vorderingsgrondslag voor smartengeld verstaan vanwege immateriële schade als *gevolg* van fysieke schade: pijn vanwege een gebroken been, bijvoorbeeld. Het juridische besef van ‘zuiver’ psychisch arbeidsgerelateerd letsel van een werknemer is relatief nieuw. Dit is niet zo vreemd wanneer men bedenkt dat de psychologische en psychiatrische wetenschappen slechts van de voorlaatste eeuwwisseling dateren en pas na de Tweede Wereldoorlog een grote vlucht hebben genomen.⁶¹ Zelfs tot circa 2000 werden slachtoffers van psychisch leed vanuit juridisch perspectief vergaand genegeerd, wat enige verwondering wekt wanneer men beseft dat in dit jaar liefst een derde van de WAO-gevallen (circa 300.000 slachtoffers) werd toegeschreven aan psychische oorzaken, waarvan ongeveer 50-70% als arbeidsgerelateerd werd

61 Enkele mijlpalen: Sigmund Freuds klassieker ‘Die Traumdeutung’ verscheen in 1900, waarmee het startschot voor de psychologische en psychiatrische wetenschappen werd gegeven. In 1910 werd de eerste internationale psychoanalytische vereniging opgericht; Jung publiceerde zijn werken ‘Wandlungen und Symbole der Libido’ en ‘Psychologische Typen’ pas in resp. 1912 en 1917. In 1952 publiceerde de American Psychiatric Association voor het eerst het wereldwijde standaardwerk ‘Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders’ (DSM-I). Pas na de Tweede Wereldoorlog hebben de wetenschappen van psychologie en psychiatrie grote vlucht genomen.

beschouwd.⁶² Deze percentages zijn sindsdien redelijk consistent gebleven, zodat ‘zuiver’ psychisch letsel daarmee één van de belangrijkste oorzaken van ziekteverzuim en arbeidsongeschiktheid vormt.⁶³

Risicovolle beroepsgroepen voor arbeidsgerelateerde psychische schade zijn vooral de gezondheids- en welzijnszorg, onderwijs, industrie, openbaar bestuur en vervoer/opslag/communicatie.⁶⁴ Met name (chronische) emotionele overbelasting, hoge werkdruk, hoog werktempo, pesten, agressie en geweld op de werkvloer (door collega's of door klanten) lijken aanzienlijk bij te dragen aan psychische schade.⁶⁵

Arbeidsgerelateerd psychisch letsel ligt nog steeds gevoelig: het wordt vaak (ten onrechte) gezien als een gebrek van de werknemer om met een stressvolle situatie om te gaan, met andere woorden als een persoonlijke tekortkoming die niets met de werkgever te maken heeft. Ook wordt de claim van dergelijk letsel vaak met scepsis begroet. Mullany en Handford verklaren waarom: “Broken minds have always been greeted with a scepticism which contrasts sharply with the sympathy generated by broken bones. To many, the fact that an injury does not manifest itself overtly or exhibit outward signs of its effect casts serious doubts on its existence.”⁶⁶ Dit doet echter niets af aan de realiteit of ingrijpendheid van dergelijk letsel noch aan de gerechtvaardigheid om voor dergelijk onrechtmatig toegebracht letsel schadevergoeding te ontvangen. Wanneer psychische schade wordt veroorzaakt door een verwijtbare tekortkoming in de zorg van de werkgever, past het binnen het moderne aansprakelijkheidsrecht in samenhang met de afbouw van de sociale zekerheid dat de werknemer zijn werkgever kan aanspreken tot vergoeding van de door hem geleden schade.

Toch is er sprake van een maatschappelijke kentering, die zich langzaam heeft ingezet. Vanaf de jaren tachtig deed zich een nieuwe juridische ontwikkeling voor waarbij werkgevers op grond van hun zorgplicht ex art. 7:658 BW aansprakelijk werden gesteld voor een specifieke bron van psychisch letsel, name-

62 Veerman 1998. Vgl. Gaillard & Jacobs 2003, zie ook Schoemaker & Bijl 1996 en Nieuwenhuisen 2009, p. 85-87.

63 Vgl. Van Maanen 2008.

64 Vgl. NCvB 2008, p. 19-22.

65 Een voorbeeld van arbeidsgerelateerde psychische schade als gevolg van een tekortkoming van de werkgever in diens zorgplicht: Ktr. Utrecht 4 september 2002, JAR 2002/220, LJN AE7348 (X/NS) betreffende een treinmachinist die na negen suicides te hebben meegemaakt en weinig of geen adequate psychologische opvang van zijn werkgever heeft ontvangen, zo getraumatiseerd is dat hij zijn werk niet meer aankan.

66 Mullany & Handford 1993, p. 21.

lijk seksuele intimidatie op de werkplek.⁶⁷ Ook de wetgever heeft de zorgplicht van de werkgever voor de geestelijke gezondheid van zijn werknemers willen verwoorden zoals blijkt uit wetgeving als art. 1, 3 lid 1 sub c en 4 Arbeidsomstandighedenwet, de Wet Terugdringing Arbeidsongeschiktheid en de Wet Terugdringing Ziekteverzuim.⁶⁸ Pas in de laatste jaren van de twintigste eeuw werd voor het eerst gesteld dat de werkgever op grond van art. 7:658 BW ook in *algemene* zin een zorgplicht heeft voor de geestelijke gezondheid van de werknemer, net zozeer als hij dat ook heeft voor diens fysieke gezondheid en in essentie ook om dezelfde redenen, die vooral liggen in diens zeggenschap over de arbeidsomstandigheden.⁶⁹ Niets in de parlementaire geschiedenis van art. 7:658 BW wijst er immers op dat de wetgever de aansprakelijkheid van de werkgever voor zuiver psychische schade heeft willen uitsluiten, zoals betoogd door Hartlief⁷⁰ – en hoe zou dit ook kunnen, nu dezelfde wetgever omstreeks de voorlaatste eeuwwisseling nog geen kennis had van dit onderwerp.⁷¹ Wél blijkt uit de parlementaire geschiedenis onmiskenbaar dat de wetgever heeft beoogd om de gezondheid van de werknemer te willen beschermen. In dit licht verdient opmerking dat de oorspronkelijke vermelding van ‘lijf’ in lid 1 van art. 7A:1638x oud-BW rond de voorlaatste eeuwwisseling de destijds gangbare betekenis van ‘leven’ had en niet, zoals wij dat nu begrijpen, louter aan het fysieke lichaam refereerde. Tevens wordt enig wezenlijk onderscheid tussen geestelijke en fysieke gezondheid naar algemeen aanvaarde medische normen als (vergaand) achterhaald beschouwd. Dit kan slechts tot de conclusie leiden dat de werkgever een zorgplicht heeft voor de gezondheid van de werknemer die zowel diens fysieke als geestelijke welzijn betreft.

Een belangrijk ijkpunt voor de erkenning van psychische schade als zelfstandige vorm van letsel, anders dan als een afgeleide van fysiek letsel, betreft het arrest Ontvanger/Bos.⁷² Hierin heeft de Hoge Raad nadrukkelijk gesteld dat (zelfstandig) “geestelijk letsel van een benadeelde onder omstandigheden

67 Vegter 2001, p. 133-140.

68 Vgl. TK 1997-1998, 25 879, nr. 3 p. 10-11. Vgl. ook het Ministerie van SZW 2000, bijlage 1 en het Ministerie van SZW 2001, p. 67.

69 Van Dunné 1995, p. 60, Trap en Wijnhoven 1998, p. 21-24, Waterman 2000, p. 86-90. Later, in vergelijkbare zin: Geers 2001, p. 29 en p. 21-24; Vegter 2002, p. 1935-1942, Vegter 2005, Houben 2006, p. 31-36 en Vegter 2008, p. 9-14.

70 Vgl. Hartlief 2001a, p. 1067, die van mening is dat bij “louter psychische schade [art. 7:658 BW] niet in beeld komt”. Nog terughoudender is Lindenbergh 2000a, p. 42-43, die meent dat voor ‘enkele’ psychische schade art. 7:611 BW onder omstandigheden wellicht perspectief kan bieden, zonder overigens met zoveel woorden te zeggen dat art. 7:658 BW niet van toepassing zou zijn, hoewel de algemene teneur van zijn bijdragen wel die indruk wekt, vgl. Lindenbergh 2001, p. 170-171. Loonstra en Zondag onderschrijven een ‘exclusieve toepassing’ van art. 7:611 BW voor zuiver psychische schade, vgl. Loonstra & Zondag 2008, p. 321.

71 Bles 1909, p. 292 e.v., met name p. 300.

72 HR 13 januari 1995, NJ 1997, 366, LJN ZC1608 (Ontvanger/Bos), Lindenbergh 1998a, p. 354.

kan worden aangemerkt als een aantasting van zijn persoon, die recht geeft op vergoeding van immateriële schade” en aldus onder de werkingsfeer van art. 6:106 BW valt. Dit werd bevestigd in het *Fiom*-arrest⁷³, waaruit volgt dat ‘enkel’ geestelijk letsel met een voldoende ernstig karakter voldoende kan zijn om recht te geven op vergoeding van de daaruit voortvloeiende smart.

De eerste poging om de Hoge Raad een uitspraak te ontlokken over de aansprakelijkheid van de werkgever voor zuiver psychische schade betreft het arrest *Nuts/Hofman* uit 1993.⁷⁴ Hierin waagde de advocaat van werknemer Hofman zich nog niet aan art. 7:658 BW (toen art. 7A:1638x oud-BW) maar baseerde de claim op het goed werkgeverschap ex art. 7:611 BW (destijds art. 7A:1638z oud-BW). De Hoge Raad kende in dit arrest een volledige schadevergoeding toe aan een werknemer met een labiele psychische gesteldheid, die als gevolg van een ongunstig functioneringsgesprek en de daarop volgende onheuse bejegening door zijn chef volledig arbeidsongeschikt was geworden. Doorslaggevend was hierbij de overweging dat juist de verwijtbare gedragingen van de werkgever het gevaar hadden verhoogd dat de gesteldheid van de werknemer tot het intreden en later verergeren van de arbeidsongeschiktheid leidden.

In 1998 volgde de tweede poging in een vergelijkbare casus: het arrest *Chubb Lips/Jansen*.⁷⁵ Jansen had eveneens psychische schade geleden door de onheuse bejegening door een chef en was daarnaast onvoldoende begeleid bij de invoering van automatisering; door een en ander was hij arbeidsongeschikt geworden. Hoewel de vordering ditmaal wel was gebaseerd op schending van art. 7:658 BW, strandde deze op de onderbouwing van de incidentele cassatiemiddelen.⁷⁶

Doorslaggevend was de derde poging in het arrest *ABN AMRO/Nieuwenhuys* uit 2004 waarin de Hoge Raad de werknemer in het gelijk stelde op grond van de drievoudige overweging:

“De tekst van art. 7:658 BW noch de geschiedenis van dit artikel dwingt tot de beperkte opvatting dat dit artikel slechts betrekking heeft op de situatie dat aan de werknemer fysieke schade is toegebracht. De ratio van de verhoogde

73 HR 23 januari 1998, NJ 1998, 366, LJN ZC2551 (*Fiom*); Kottenhagen 1998, p. 138 en Overeem 1999, p. 163.

74 HR 1 juli 1993, NJ 1993, 667, LJN ZC1032 (*Nuts/Hofman*). Vgl. Keirse 2003, p. 202.

75 HR 30 januari 1998, NJ 1998, 476, LJN ZC2562 (*Chubb Lips/Jansen*).

76 Het ging hierbij met name om de onvoldoende concrete onderbouwing van de tekortkoming van de werkgever in de wettelijk omschreven zorgplicht; wat vreemd is wanneer men bedenkt dat de zorgplicht van de werkgever aanzienlijk verder gaat dan ‘alleen maar’ het naleven van de wet.

aansprakelijkheid van de werkgever is, zowel in het geval van art. 7:658 BW als in het geval van de voorloper van dat artikel, art. 7A:1638x (oud) BW, niet zozeer gelegen in het fysieke karakter van de aantasting van de werknemer, maar in de omstandigheid dat de werkgever degene is die bepaalt op welke plaats, onder welke omstandigheden en met welke hulpmiddelen de werknemer moet werken. Dit is niet anders wanneer de werkomstandigheden niet fysiek, maar psychisch ziekmakend zijn. De door het onderdeel voorgestane, beperkte uitleg zou ook leiden tot willekeurige onderscheidingen, omdat lichamelijk en psychisch welzijn nauw met elkander zijn verbonden: wat bij het ene individu tot uiting komt als lichamelijke klacht, zal bij de andere naar buiten komen in de vorm van een psychische klacht. Er is derhalve noch een principiële noch een praktische rechtvaardiging om de schade waartegen art. 7:658 BW bescherming beoogt te bieden, te beperken tot gevallen, zoals door het onderdeel bepleit, waarin (alleen) lichamelijk letsel is opgetreden. Voor de toepassing van art. 7:658 BW is - uiteraard - wel vereist dat het gaat om schending door de werkgever van een norm als in die bepaling bedoeld, alsmede om risico's die zijn verbonden aan het werk en de werkomgeving. Er moet derhalve causaal verband zijn tussen de werkzaamheden en de psychische schade.”⁷⁷

Met dit arrest staat voortaan vast dat de zorgplicht van de werkgever ex art. 7:658 BW zowel de bescherming van de fysieke als de geestelijke gezondheid van de werknemer omvat. Ook de dissertatie van Vegter in 2005, waarin zij een lans heeft gebroken voor de schadevergoedingsplicht van de werkgever voor psychisch letsel van de werknemer, heeft veel bijgedragen aan de huidige algemene erkenning van deze zorgplicht.⁷⁸

Maar hoe werkt dit in de praktijk? Men kan zich gemakkelijk een casus voorstellen waarin de ‘zuivere’ psychische schade voor een deel is veroorzaakt door de arbeidsomstandigheden en voor een deel is te wijten aan privéaangelegenheden. Daarbij is het ook nog denkbaar dat het ene deel (om het even welk) een synergetisch effect heeft op het andere deel en bovendien niet een duidelijk onderscheid kan worden gemaakt in de verhouding van

77 HR 11 maart 2005, JAR 2005/84, LJN AR6657 (ABN AMRO/Nieuwenhuys) met vervolg Hof Den Haag 16 februari 2007, JAR 2007/69, LJN BA0761 (Nieuwenhuys/ABN AMRO), waarin een causaal verband tussen de schade van werknemer Nieuwenhuys en zijn arbeidsomstandigheden niet aangetoond werd geacht. Uitspraken waarin de lijn van de Hoge Raad wordt gevolgd zijn onder meer CRvB 8 september 2005, TAR 2005, 177 (X/Staatssecretaris van Defensie), Rb. Leeuwarden 12 december 2006, JAR 2007/28, LJN AZ6030 (‘Schizofrene werknemer’), Hof Den Haag 27 april 2007, NJ 2008, 462, LJN AZ6717 (Kalai/Petit), Rb. Utrecht 2 mei 2007, JA 2007/122, LJN BA4348 (‘Treinmachinist’), Hof Den Bosch 6 mei 2008, JA 2008/126, LJN BD5666 (‘Asbestangst’), Rb. Haarlem 26 maart 2008, LJN BC8936 (X/Menzies), Hof Amsterdam 3 juli 2008, LJN BG3727 (X/Cardanus).

78 Vegter 2005.

beide schadeveroorzakende delen tot elkaar. Wat is dan goed recht? Wanneer de oorzaak van de schade voor een belangrijk deel in de privésfeer van de werknemer moet worden gezocht, lijkt mij een oplossing in de sfeer van aansprakelijkheid naar proportionaliteit, zoals verdedigd door Akkermans, een Salomonsoplossing.⁷⁹ Daar moet echter wel behoedzaam mee worden omgesprongen teneinde te voorkomen dat het aan art. 7:658 BW ten grondslag liggende beschermingsbeginsel de das om wordt gedaan. Wanneer echter de primaire of meest ingrijpende oorzaak van het psychisch letsel is gelegen in een duidelijke schending van de zorgplicht, zie ik – met name vanwege de beschermingsfunctie van art. 7:658 BW – geen reden om van het ‘alles of niets’-beginsel af te wijken. Dit is nadrukkelijk ook het geval wanneer de werknemer van een zwakke geestelijke (pre-)dispositie is: de werkgever moet zijn werknemer c.q. slachtoffer nemen zoals hij is.⁸⁰

Evident botst een proportionele aansprakelijkheidsverdeling met het principe ‘alles of niets’ dat uitgaat van de veronderstelling dat de oorzaak van de schade geheel op de werkvloer van de werkgever kan worden gevonden – wat in de huidige maatschappij niet altijd opgaat. Waar de rechter echter de *primaire* oorzaak van de psychische schade duidelijk gelegen acht in een schending van de zorgplicht, zie ik – met name vanwege de beschermingsfunctie van art. 7:658 BW – geen reden om van het ‘alles of niets’-beginsel af te wijken. Dit is nadrukkelijk ook het geval wanneer de gelaedeerde werknemer van een zwakke geestelijke dispositie is: de werkgever moet zijn slachtoffer nemen zoals hij is.⁸¹

Vanuit bewijsrechtelijk perspectief heeft de psychisch gelaedeerde werknemer het niet zo eenvoudig: hij zal zijn psychisch letsel goed moeten kunnen onderbouwen.⁸² Psychische schade is naar haar aard echter niet zo zichtbaar als een gebroken been in het gips; de werknemer zal in de praktijk een rapport van een psychiater of medische psycholoog moet overleggen om het feitelijk bestaan van zijn schade aan te tonen. Voorts moet er sprake zijn van een duidelijk causaal verband (*conditio sine qua non*) tussen de schade en de werkzaamheden: dit kan met name moeilijk zijn aan te tonen wanneer de qua positie en werkzaamheden vergelijkbare collega's van de werknemer niet over arbeidsgerelateerde psychische schade klagen of de werknemer zelf niet tijdig de werkgever

79 Vgl. Akkermans 1997. Vgl. Rb. Middelburg 1 februari 1999, VR 1999, 117, LJN AJ6532 (Schaier/De Schelde) waarmee de aanzet werd gezet tot proportionele aansprakelijkheid die (voorlopig) heeft uitgemond in HR 31 maart 2006, JA 2006/81, LJN AU6092 (Nefalit/Karamus).

80 HR 1 juli 1993, NJ 1993, 667, LJN ZC1032 (Nuts/Hofman).

81 Vgl. Hof Den Haag 26 mei 2009, LJN BJ3482 (X/De Compaan) en Hof Den Haag 7 juli 2009, LJN BJ3803 (X/Da Vinci College).

82 Vgl. Vegter 2008, p. 9-14.

heeft gewezen op de oorzaken van zijn (aankomende) psychische klachten.⁸³ (Natuurlijk geldt ‘the tortfeasor must take the victim as he finds him’, maar dan moet wel eerst vastgesteld zijn dat van een ‘tortfeasor’ überhaupt sprake is.) In de praktijk komt dit er veelal op neer dat er sprake moet zijn van arbeidsomstandigheden met een naar objectieve maatstaven buitensporig karakter en een duidelijke tekortkoming van de werkgever in zijn zorgplicht.⁸⁴

Ook moet de psychisch kwetsbare positie van de werknemer kenbaar zijn voor de werkgever: hij is immers niet aansprakelijk voor arbeidsrisico’s die hij niet kent en ook niet behoeft te kennen. De kenplicht van de werkgever wordt ten dele bepaald door de arbowetgeving, waaruit bijvoorbeeld de verplichting voortvloeit om de arbeidsrisico’s (waartoe ook nadrukkelijk psychische risico’s behoren) te inventariseren en te evalueren.⁸⁵ Eerdere, vergelijkbare klachten van andere werknemers leiden vanzelfsprekend ook tot de wetenschap van de werkgever dat de door hem gecontroleerde arbeidsomstandigheden nadere maatregelen vergen, terwijl ook een vroegtijdige mededeling van de werknemer zelf hiertoe kan bijdragen. Dit geeft de werkgever gelegenheid om adequate maatregelen te nemen om de schade te voorkomen of te beperken.⁸⁶

Daarbij mag de werkgever de kwestie van kenbaarheid niet geheel aan de werknemer over laten, bijvoorbeeld door te verweren dat de werknemer te weinig communicatief was over zijn psychische problemen, zijn eigen belastingsgrenzen niet kende, niet tijdig klaagde over agressie op de werkplek of teveel overwerk, etc. Vanuit de vergaande beschermingsgedachte die art. 7:658 BW typeert, is het immers primair de verantwoordelijkheid van de werkgever om te waken voor de fysieke en geestelijke gezondheid van de werknemer. Hij

83 Hof Den Haag 27 april 2007, NJ 2008, 462, LJN AZ6717 (Kalai/Petit), Hof Arnhem 14 april 2009, LJN BJ2194 (X/General Logistics), Rb. Dordrecht 25 juni 2009, LJN BJ1805 (X/Albert Schweitzer Ziekenhuis) en Ktr. Terneuzen 19 januari 2005, JAR 2005/76, LJN AS8825 (X/Dow).

84 Vgl. CRvB 8 september 2005, TAR 2005, 177, waarin de eis van ‘bijzondere factoren’ expliciet wordt gesteld. Idem Hof Den Haag 15 januari 2008, JAR 2008/91, LJN BC2747 (‘Burn-out’), Hof Den Haag 16 februari 2007, JAR 2007/69 en Hof Den Haag 27 april 2007, JAR 2007/177, LJN BA6359 (X/Dow). Het verweer dat de werknemer ‘maar had moeten piepen’ voordat de werkgever maatregelen behoefde of kon nemen, staat haaks op het uitgangspunt dat de werkgever op actieve wijze de risico’s op zijn werkvloer moet inventariseren. Daarbij kan hij zich niet, achteraf, verlaten op klachten van de werknemer. De Heerlense kantonrechter heeft er expliciet op gewezen dat een dergelijke redenering ten koste gaat van een werknemer die niet snel klaagt, zoals typisch bij overwerkte werknemers het geval lijkt te zijn. Zie Ktr. Heerlen 1 april 2006, JAR 2006/108 (Walraven/Steenfabriek Nuth).

85 Vgl. Hof Den Haag 27 april 2007, JAR 2007/177, LJN BA6359 (X/Dow) en Ktr. Heerlen 13 december 2006, JAR 2007/26 (Van der Veer/Erkens).

86 Hof Den Haag 18 januari 2008, JAR 2008/129, LJN BC7681 (Kunst Ecoservice/X) en Ktr. Heerlen 19 april 2006, JAR 2004/270, LJN AR4225 (Walraven/Steenfabriek Nuth).

kan deze verantwoordelijkheid niet zonder meer met een gemakkelijk beroep op een 'piep-systeem' op de werknemer worden afgeschoven.⁸⁷

Indien de arbeidsomstandigheden daartoe aanleiding geven, bijvoorbeeld naar aanleiding van traumatische gebeurtenissen, dient de werkgever ook psychische nazorg te bieden aan zijn werknemers.⁸⁸

Sinds enkele jaren doet zich een nieuwe vorm van psychische schade voor: angstschade voor beroepsziekten. Deze gezondheidsklacht betreft met name asbestziekten als mesotheliom en longkanker en wordt door de Engelsen treffend omschreven als 'fear for the future'. Het doet zich voor wanneer een werknemer vreest op objectieve (hoewel gelet op de persoonlijke betrokkenheid wellicht overtrokken) gronden in de toekomst een fatale ziekte te zullen ontwikkelen als gevolg van blootstelling aan een schadelijke stof in zijn (arbeids-)verleden. Hoewel zo'n werknemer nog geen symptoom of ander bewijs van een dergelijke ziekte heeft, kan toch de enkele vrees en verwachting om voortijdig aan een dergelijke ziekte te overlijden hem ernstig ingrijpend en aantoonbaar psychisch leed aandoen, zoals persoonlijkheidsverandering, agressie, depressie en fobieën. Een gerechtelijke uitspraak waarin een schadevergoeding voor dergelijke arbeidsgerelateerde angstschade wordt toegewezen, is mij nog niet bekend; laat staan dat hier sprake is van een uitgekristalliseerd leerstuk. Wanneer men deze kwestie echter plaatst in het kader van de wetenschappelijke verwachting dat vanaf 1997 zo'n 40.000 mannen in Nederland zullen overlijden aan arbeidsgerelateerde asbestziekten, lijkt zo'n vrees toch niet geheel ongegrond of uitzonderlijk vergezocht.⁸⁹

Al het bovenstaande in aanmerking genomen, vormt art. 7:658 BW een geschikt middel voor werknemers die het slachtoffer zijn geworden van arbeidsgerelateerd psychisch letsel om de in zijn zorgplicht falende werkgever ter verantwoording te roepen. Het is daarbij wel van essentieel belang dat de werknemer kan aantonen dat van zodanige schade sprake is, bijvoorbeeld door middel van een daartoe strekkende schriftelijke diagnose van een psychiater.

87 Expliciet: Hof Den Haag 26 mei 2009, LJN BJ3482 (X/De Compaan).

88 Vgl. Ktr. Boxmeer 2 augustus 2005, JAR 2005/194, LJN AU2069 (Nibbelke/Playland) waarin een werknemer bij een gewapende overval met een pistool tegen het hoofd wordt bedreigd; Ktr. Utrecht 2 mei 2007, JAR 2007/136, LJN BA4348 ('Treinmachinist') waarin een treinmachinist volledig arbeidsongeschikt raakt nadat hij acht zelfmoordpogingen heeft meegemaakt en daarna geacht werd 'gewoon weer door te rijden' zonder enige (relevante) mate van psychische opvang.

89 Vgl. HR 6 april 2001, NJ 2001, 333, LJN AB0904 (Van Kesteren/Rabobank), Hof Den Bosch 6 mei 2008, LJN BD5666 ('Asbestangst') en Rb. Middelburg 30 mei 2001, JAR 2001/232, LJN AB2209 (De Schelde/Wijnandus). Vgl. Burdorf e.a. 1997, p. iii, Lindenbergh 1997, p. 178 en Stolker & Levine 1996, p. 883 en in een vergelijkbare publicatie in 1999, p. 4-5.

3 De zorgplicht van de werkgever nader bekeken

3.1 Onderzoeksplicht

Bij de beantwoording van de vraag welke veiligheidsmaatregelen van de werkgever kunnen worden gevergd, is van groot belang in welke mate de aan de bedrijfsuitoefening verbonden gevaren voor de werkgever kenbaar zijn dan wel behoren te zijn (geweest). Dit kenbaarheidvereiste, dat nauw samen hangt met de stand van de wetenschap, de (destijds) bestaande kennis binnen de maatschappelijke kring van de werkgever en de specifieke arbeidsomstandigheden van het geval, is in de loop der jaren vergaand opgerekt door de rechterlijke macht.⁹⁰ Tegenwoordig mag van de werkgever worden verwacht dat hij zich zeer uitvoerig op de hoogte stelt van de risico's die verbonden zijn aan zijn machines, stoffen en productieprocessen, kortom alles in de bedrijfsuitvoering wat mogelijk de gezondheid van zijn werknemers zou kunnen schaden. Deze onderzoeksplicht staat in nauw verband met de verplichting van de werkgever om zich als goed werkgever te gedragen in de zin van art. 7:611 BW.⁹¹ Zij geldt zwaarder naarmate de aard van de werkzaamheden c.q. het productieproces tot ernstiger risico's leidt.

De eerste stap ter vervulling van de onderzoeksplicht is dat de werkgever kennis neemt van alle voor zijn bedrijfsuitoefening relevante publiek-rechtelijke veiligheidsnormen, zowel van nationale als internationale c.q. Europese oorsprong, zoals de EG-richtlijnen.⁹² Tot 1980 waren vele

⁹⁰ Vgl. Bier 1988, p. 192; Bolt & Spier 1996, p. 91; HR 14 april 1978, NJ 1979, 245, LJN AC3514 (Messaoudi/Hoechst); HR 29 april 1983, NJ 1984, 19, LJN AC1481 (De Vries/Kuijt); HR 6 april 1990, NJ 1990, 573, LJN AB9376 (Janssen/Nefabas); HR 25 juni 1993, NJ 1993, 686, LJN AC1907 (Cijssouw/De Schelde I), HR 5 november 2004, NJ 2005, 215, LJN AP1463 (Lozerhof/Van Duyvenbode), HR 17 februari 2006, JA 2006/94, LJN AU6927 (Van Swaay/Heesbeen), A-G Spier in zijn conclusie voor HR 2 maart 2007, NJ 2007, 143, LJN AZ5834 (Perez/Casa Grande), HR 27 april 2007, NJ 2008, 462, LJN AZ6717 (Kalai/Petit) en HR 31 maart 2006, JA 2006/81, LJN AU6092 (Karamus/Nefalit).

⁹¹ Dit vloeit voort uit de verplichting ex art. 7A:1638z oud-BW, thans art. 7:611 BW, om zich als een goed werkgever jegens de werknemer te gedragen. In dezelfde zin HR 6 april 1990, NJ 1990, 573, LJN AB9376 (Janssen/Nefabas), HR 14 april 1978, NJ 1979, 245, LJN AC3514 (Messaoudi/Hoechst) en HR 29 april 1983, NJ 1984, 19, LJN AC1481 (De Vries/Kuijt).

⁹² Een voorbeeld ontleend aan jurisprudentie: vertegenwoordiger Poortvliet diende in de uitoefening van zijn werkzaamheden een apparaat van 80 kilo te demonstreren bij cliënten, waartoe hij het apparaat frequent fysiek moest optillen. Dit leidde tot arbeidsongeschiktheid vanwege een hernia. De rechter achtte de werkgever ex art. 7:658 BW aansprakelijkheid voor zijn schade, daar het Besluit Fysieke Belasting van 27 januari 1993 en richtlijn nr. 90/269/EEG van de Raad van de EG van 29 mei 1990 duidelijk voorschrijven dat situaties waarin met fysieke kracht meer dan 40 kilo moet worden getild, opgeheven dienen te worden. Vgl. Rb. Utrecht 12 december 2001, JAR 2001/12, LJN AA8722 (Poortvliet/LPG). Deze en vergelijkbare richtlijnen spelen dikwijls in uitspraken die arbeidsgerelateerd rugletsel betreffen, vgl. HR 28 juni 2002, JOL 2002/389, LJN AE2175 (X/RAB), HR 27 april 2007, NJ 2008, 462, LJN

arbeidsveiligheidsvoorschriften te vinden in de oude Veiligheidswetten en besluiten, daarna in de Arbeidsomstandighedenwet en de daarvan afgeleide regelgeving. Ook de publicaties en aanwijzingen van de Arbeidsinspectie zijn in het kader van de onderzoeksplicht van groot belang.⁹³

Om te kunnen voldoen aan zijn onderzoeksplicht als onderdeel van de algemene zorgvuldigheidsnorm jegens zijn werknemers, moet de werkgever tevens een onbegrensde en steeds uitdijende hoeveelheid *niet*-publiekrechtelijke, ongeschreven veiligheidsnormen naleven.⁹⁴ Het enkel nakomen van publiekrechtelijke veiligheidsnormen alléén is niet voldoende om de werkgever te vrijwaren van aansprakelijkheid. Menige werkgever zal de wens verzuchten dat het zo eenvoudig was! Welke veiligheidsnormen nog aanvullend op de publiekrechtelijke normen nageleefd dienen te worden, is geheel afhankelijk van de omstandigheden van het individuele geval.⁹⁵

Een bijzonder aspect van art. 7:658 BW is namelijk dat het de werkgever verplicht tot de *optimale* vervulling van zijn zorgplicht. Dit vloeit voort uit het begrip 'redelijkerwijs' in lid 1 van art. 7:658 BW. Dit betekent dat niet de wettelijke (minimale) norm maar de maatschappelijke vereisten, de stand van wetenschap en wat door deskundigen als redelijk effectief bij de opsporing en beperking van risico's bekend staat, de reikwijdte van zijn aansprakelijkheid bepalen.⁹⁶ Zo wordt van de werkgever verwacht dat hij in het kader van zijn onderzoeksplicht kennis neemt van bijvoorbeeld relevante (inter-)nationale publicaties, congressen en onderzoek op de gebieden van arbeid, veiligheid en gezondheid. Wanneer de bron van gevaar eerder of op grote schaal in het buitenland is gebruikt, verwerkt of geproduceerd, kan dit aanleiding vormen voor de werkgever om zijn onderzoek ook tot het buitenland uit te (doen) strekken.⁹⁷

AZ6717 (Kalai/Petit), HR 9 januari 2009, JA 2009/58, LJN BF8875 (Landskroon/BAM) en Hof Amsterdam 8 november 2007, JAR 2008/88, LJN BC2939 ('Omgevallen container').

93 Zoals bijvoorbeeld de publicatiebladen, studies en voorlichtingsbladen van de Arbeidsinspectie.

94 Vgl. Bolt & Spier 1996, p. 89. Uit HR 13 januari 1995, NJ 1997, 175, LJN ZC1611 (De Heel/Korver) volgt dat het begrip 'veiligheidsnorm' niet is beperkt tot de geschreven veiligheidsnormen.

95 Vgl. Hof Leeuwarden 14 mei 2008, NJF 2008, 327, LJN BD2312 (Sylphavane Plastics/X). Wie overigens een blik werpt op de praktijk, kan zich moeilijk onttrekken aan de indruk dat het overgrote deel van arbeidsongevallen zou kunnen worden voorkomen indien de werkgever slechts de publiekrechtelijke normen zou naleven. Dat is opmerkelijk, gelet op het gegeven dat de wetgever de publiekrechtelijke veiligheidslat op een minimale hoogte heeft gelegd en naleving derhalve niet zo'n moeilijke opgave lijkt.

96 Vgl. Bier 1991, p. 170-171 en Bolt & Spier 1996, p. 95.

97 Vgl. Bier 1991, p. 170-171, HR 6 april 1990, NJ 1990, 573, LJN AB9376 (Janssen/Nefabas).

Voorts behoort de werkgever – vanzelfsprekend – tenminste op de hoogte te zijn van de risico's in zijn onderneming die van algemene bekendheid zijn of die hem uit eigen ervaring bekend (behoren te) zijn. Voorbeelden van algemeen bekende gevaren zijn stralingsgevaar van een kerncentrale, het bijzondere explosiegevaar van een kruut- of vuurwerkfabriek, aanmerkelijke fysieke krachten, bijtende vloeistoffen, decompressie, trillend gereedschap, loodvergiftiging, etc. De specifieke kennis uit eigen ervaring van de werkgever doet zich vooral voor wanneer zich in de onderneming al vergelijkbare (letsel-) schade heeft voorgedaan; de werkgever kan dan bezwaarlijk nog stellen niet met de gevaarlijke aard van de betreffende machine, stof of productieproces bekend te zijn.

Ten aanzien van bijzonder gevaarscheppende apparaten, stoffen en processen behoort de werkgever de voorlichting van een deskundige in te winnen, alvorens hij zijn personeel aan dergelijk gevaar blootstelt; de voorafgaande goedkeuring van de overheid doet hier niets aan af.⁹⁸ Het enkele inwinnen van deskundig advies kan de werkgever echter niet disculperen van aansprakelijkheid. Hij moet zelf voor (de fouten van) zijn deskundige instaan, daar deze immers zijn hulppersoon is.⁹⁹ Ook dient de werkgever door behoorlijke inspectie zich ervan te vergewissen dat zijn werktuigen en gereedschappen in een goede staat verkeren en niet onveilig zijn, in het bijzonder wanneer en naarmate de betreffende voorwerpen grote(re) veiligheidsrisico's met zich brengen of wanneer hij deze van een derde heeft verkregen, bijvoorbeeld via inlening of huur.¹⁰⁰

Uit de onderzoeksplicht in combinatie met het redelijkheidvereiste van lid 1 vloeit voort dat, indien de werkgever een gevaar (nog) niet kende noch behoorde te kennen, hij niet aansprakelijk is voor een ongeval voortvloeiende uit een dergelijk gevaar.¹⁰¹ Dit heeft een zekere vanzelfsprekendheid: de werkgever kan immers niet anticiperen op een risico dat hij nog niet kent en ook niet al behoort te kennen. Dit principe geldt zelfs voor risicoaansprakelijkheid.¹⁰²

98 HR 14 april 1978, NJ 1979, 245, LJN AC3514 (Messaoudi/Hoechst), HR 29 april 1983, NJ 1984, 19, LJN AC1481 (De Vries/Kuijt) en HR 6 april 1990, NJ 1990, 573, LJN AB9376 (Janssen/Nefabas).

99 Art. 6:76 BW; zie ook Geers 1988, p. 149-150.

100 HR 20 januari 2006, NJ 2008, 461, LJN AT6013 ('Cementpomp').

101 Vgl. HR 4 juli 2004, JOL 2004/306, LJN AO4596 (X/Gemex) in bevestiging van het vonnis van Rb. Den Haag 2 oktober 2002, LJN AE8345 (X/Gemex), waarin de werkgever Gemex een aansprakelijkheidsvordering ex art. 7:658 BW met succes wist af te weren door te stellen en te bewijzen dat in de periode waarin de eisende werknemer was blootgesteld aan witte asbeststof (chrysotiel), Gemex niet op de hoogte van de daaraan verbonden risico's was noch dat destijds behoefde te zijn.

102 Vgl. de artt. 6:185 lid 1 sub e BW, 6:173 BW en 6:175 BW, welke allen het vereiste stellen van objectieve kenbaarheid. Zie ook Van Dam 2000a, nr. 903.

Van cruciaal belang is daarom het moment waarop de werkgever geacht mag worden bekend te zijn ten aanzien van de risico's in zijn bedrijfsuitoefening. De Hoge Raad heeft zich hierover nadrukkelijk uitgelaten in het Cijssouw/De Schelde I-arrest.¹⁰³ De casus van dit arrest heeft betrekking op asbest, maar de woorden van de Hoge Raad zijn zodanig algemeen gekozen dat zij zeer wel toepasselijk lijken op andere gezondheidsbedreigende stoffen, machines, gereedschappen en omstandigheden:

“Zodra in de medische wetenschap een verband bekend wordt tussen de blootstelling aan een bepaalde stof en het gevaar voor het ontstaan van een bepaalde (letale) ziekte, voor een werkgever wiens werknemers met die stof plegen te werken, ontstaat de verplichting tot het nemen van maatregelen gericht op het voorkomen van, althans beschermen tegen die ziekte. Het hangt van de omstandigheden af wanneer zulk een verplichting ontstaat: daarbij zal onder meer van belang zijn welke mate van zekerheid in de medische wetenschap omtrent het bedoelde verband ontstaat, of het gaat om een stof waarvan al andere schadelijke werkingen bekend zijn en de ernst van het gevaar, terwijl voorts rekening valt te houden met enig tijdsverloop, gemoeid met het door de werkgever ter zake te verrichten onderzoek (vgl. voor dit laatste HR 6 april 1990, NJ 1990, 573).”

Het verweer van de werkgever dat hij een risico niet kende noch behoefde te kennen, zal zelden slagen.¹⁰⁴ Veel van de zogenaamde ‘nieuwe risico’s’¹⁰⁵ zijn in werkelijkheid helemaal geen nieuwe risico's maar eerder al (zeer) lang bekende maar genegeerde risico's.¹⁰⁶ Dat dit ontkennende gedrag wellicht niet alleen de aangesproken werkgever betreft maar evenzeer opgaat voor zijn gehele bedrijfstak, kan hem echter niet in rechte baten.¹⁰⁷ De werkgever is echter wel aansprakelijk voor de schade die zich ten gevolge van een nog niet bekend specifiek gezondheidsrisico met betrekking tot een gevaarlijke stof (bijvoorbeeld asbest)

¹⁰³ HR 25 juni 1993, NJ 1993, 686, LJN AC1907 (Cijssouw/De Schelde I).

¹⁰⁴ Vgl. HR 28 april 2000, NJ 2000, 431, LJN AA5634 (Rouwhof/Eternit) waarin A-G Spier het handelen c.q. nalaten van verzekeraars in de afgelopen decennia ten aanzien van beroepsziekten alsmede het verweer dat zij niet van beroepsziekten (zoals asbestgerelateerde ziekten) konden weten, uiterst sceptisch benadert. Ook: HR 30 september 1994, NJ 1996, 196, LJN ZC1460 (Staat/Shell), HR 25 juni 1993, NJ 1993, 686, LJN AC1907 (Cijssouw/De Schelde I), de noot van Stein bij HR 6 april 1990, NJ 1990, 573, LJN AB9376 (Janssen/Nefabas) en met name HR 29 april 1983, NJ 1984, 19, LJN AC1481 (De Vries/Kuijt). Zie ook Bier 1991, p. 169.

¹⁰⁵ In de literatuur worden de ‘genegeerde’ risico's en de werkelijk nieuwe risico's vaak onder één noemer geschaard, hoewel de juridische consequenties van deze beide termen zeer uiteenlopend kunnen zijn. Vgl. De Vroom 1998, p. 6 en Didde 1994.

¹⁰⁶ Vgl. Van Boom 2001, p. 6.

¹⁰⁷ Vgl. HR 6 april 1990, NJ 1990, 573, LJN AB9376 (Janssen/Nefabas) en HR 2 oktober 1998, NJ 1999, 683, LJN ZC2721 (Cijssouw/De Schelde II).

heeft voorgedaan, indien hij heeft nagelaten behoorlijke veiligheidsmaatregelen te nemen tegen de reeds wél bekende risico's van een bepaalde stof of omstandigheid, tenzij maatregelen tegen het bekende gevaar de verwezenlijking van het onbekende gevaar niet hadden kunnen voorkomen.¹⁰⁸

Een tweede verweer bestaat uit het argument¹⁰⁹ dat in de wetenschap slechts *recentelijk* een samenhang is ontdekt tussen een gevaarlijke stof die op de werkplek wordt gebruikt en een bepaalde aandoening. Dit verweer doet zich slechts voor in het geval dat de schade, voortvloeiende uit deze samenhang, zich al heeft verwezenlijkt vóórdat de werkgever de kans heeft gehad om de noodzakelijke veiligheidsmaatregelen te treffen ter voorkoming daarvan. Eigenlijk erkent de werkgever dan weliswaar van het risico te weten (of geacht moet worden te weten), maar dat deze kennis nog zó nieuw is dat hij (redelijkerwijs) nog geen gelegenheid heeft gehad om dienaangaande maatregelen te treffen.

De aansprakelijkheid van de werkgever is in een zodanig geval nauw gekoppeld aan het antwoord op de vraag, wanneer de verplichting om wél daadwerkelijk maatregelen te nemen zou zijn ontstaan. De Hoge Raad heeft in het arrest *Cijsouw/De Schelde*¹¹⁰ drie omstandigheden aangegeven die voor de beantwoording van deze vraag relevant zijn en aangeven hoeveel tijd de werkgever zichzelf mag gunnen om 'in te lezen' voordat hij veiligheidsmaatregelen implementeert. Deze omstandigheden zijn ontleend aan de gevaarzettingcriteria van het *Kelderluik*-arrest en betreffen: a. de mate van zekerheid omtrent het verband; b. de kwestie van andere schadelijke effecten van de stof en c. de ernst van het gevaar.¹¹¹ Bij deze afweging moeten ook het tijdsverloop wat nodig is voor het verrichten van onderzoek, het voorbereiden van preventieve maatregelen en de kans op verwezenlijking van het gevaar in overweging worden genomen.¹¹²

Naast de gevaren voor de veiligheid en gezondheid voor de werknemer die de werkgever kent althans behoort te kennen en de risico's die hij niet kent en ook niet behoorde te kennen, bestaat nog een derde categorie waarop de onderzoeksplicht betrekking heeft: *vermoedens* van potentieel gevaar, waarvoor nog geen sluitend wetenschappelijk bewijs voorhanden is. Dit betreft bijvoorbeeld potentiële gezondheidsrisico's als gevolg van elektromagnetische straling

¹⁰⁸ HR 25 juni 1993, NJ 1993, 145 (*Erven Cijsouw/De Schelde*), HR 10 juni 1983, NJ 1984, 20, LJN AG4611 (*Berisa/ Raymakers*) en *Boom en Tilanus-van Wassenae* 1996, p. 97.

¹⁰⁹ HR 25 juni 1993, NJ 1993, 686, LJN AC1907 (*Cijsouw/De Schelde I*).

¹¹⁰ HR 25 juni 1993, NJ 1993, 686, LJN AC1907 (*Cijsouw/De Schelde I*).

¹¹¹ HR 5 november 1965, NJ 1966, 136, LJN AB7079 ('*Kelderluik*').

¹¹² Vgl. *Spier* 2000, nr. 189.

(EMF) door elektriciteitsmasten, computerschermen, mobiele telefoons, etc. De Europese Commissie heeft in het kader van het voorzorgsbeginsel ('precautionary principle') aangegeven dat ook als er slechts vermoedens zijn dat een bepaalde activiteit een potentieel gevaar in zich bergt, de potentiële schadeveroorzaker (lees in deze context: de werkgever) nader onderzoek dient te verrichten om de al bekende wetenschappelijke gegevens te evalueren. Uit deze risico-evaluatie moet blijken wat de mate van waarschijnlijkheid is dat het gevreesde risico zich zal voordoen, wat de aard en ernst van de ontstane schade zijn en hoe bezwaarlijk de te nemen voorzorgsmaatregelen zijn; een en ander uiteraard in het licht van het feit dat de beschikbare wetenschappelijke kennis beperkt is.¹¹³ Het komt echter wenselijk voor om een tekortschieten van de werkgever in de zin van het voorzorgsbeginsel slechts uiterst terughoudend toe te passen, daar het niet in het grotere, maatschappelijke belang lijkt om nieuwe wetenschappelijke ontwikkelingen en technieken het onderwerp van aansprakelijkheidsgeschillen te maken terwijl nog sprake is van wetenschappelijke onduidelijkheid over het *bestaan* van een mogelijk risico.¹¹⁴

Kortom: de onderzoeksplicht van de werkgever is van een zeer veeleisend en vergaand karakter. Dit heeft voor- en nadelen. Enerzijds maakt het de rechter mogelijk om snel in te spelen op recente technische, wetenschappelijke en sociale ontwikkelingen zonder eerst de formele reactie van de wetgever af te hoeven wachten.¹¹⁵ Dit is vooral gunstig voor de werknemer, die in deze kwestie afhankelijk is van de inspanningen van zijn werkgever. Anderzijds kan het voor de werkgever moeilijk zijn om in te schatten wanneer hij aan zijn onderzoeksplicht heeft voldaan. Ook komt het op veel werkgevers bizar over dat zij zich aan alle wettelijke normen hebben gehouden en toch aansprakelijk kunnen worden gehouden voor schade van de werknemer. Het lijkt echter vanuit praktisch oogpunt onmogelijk om publieke regelgeving op te stellen die op actuele wijze kan voldoen aan de merites van de individuele omstandigheden van iedere potentieel arbeidsongeval of beroepsziekte. De huidige rechtspraak lijkt daarin niet alleen een gulden middenweg te vormen maar ook een zeer effectieve oplossing.

113 Mededeling van de Commissie van de Europese Gemeenschappen 2000, p. 13 en 18. Vergelijk de zgn. 'gevaarzettingcriteria' zoals vermeld in HR 5 november 1965, NJ 1966, 136, LJN AB7079 ('Kelderluik'), HR 18 januari 1982, NJ 1982, 614, LJN AG4306 ('Natronloog'), HR 27 mei 1988, NJ 1989, 29, LJN ADO344 ('Veenbroei'), HR 22 april 1994, NJ 1994, 624, LJN ZC1347 ('Taxus') en HR 1 oktober 1993, NJ 1995, 182, LJN ZC1080 ('Lekkende kruik II'). Zie ook Olaerts 2003, p. 114-122.

114 Bergkamp en Hanekamp 2003, p. 123-126.

115 Dit is met name het geval bij de zgn. 'nieuwe' beroepsziekten, zoals Repetitive Strain Injury, Electro Magnetic Fieldradiation (EMF) en Organisch Psycho Syndroom.

3.2 Instructie- en toezichtplicht

Uit art. 7:658 lid 1 BW in samenhang met de arbowetgeving vloeit voort dat de werkgever zijn werknemers aanwijzingen ('instructie') dient te verstrekken met betrekking tot aspecten van het werk die de fysieke en geestelijke gezondheid en welzijn van de werknemer kunnen bedreigen. Ook dient hij het redelijkerwijze te vorderen toezicht te houden om de daadwerkelijke naleving van de instructies te verzekeren.¹¹⁶ Hoe de feitelijke invulling van de plichten tot het geven van instructie en het houden van toezicht op de naleving daarvan wordt ingevuld, hangt tevens af van de omstandigheden van het geval.¹¹⁷

Deze instructie- en toezichtplichten gelden, hoewel afhankelijk van de omstandigheden in enige wisselende mate, nadrukkelijk jegens alle werknemers; derhalve ook jegens werknemers met veel ervaring of zelfs met expertise als veiligheidsdeskundige.¹¹⁸ Hiervoor bestaat een goede reden: ervaring leidt juist uit de aard van de eigenschap tot het in verminderde mate zien en herkennen van arbeidsrisico's. In die zin kan ervaring zelfs risicoverhogend werken. In een lange reeks van arresten die de beschermende functie van art. 7:658 BW illustreren, wijst de Hoge Raad daarom nadrukkelijk op het zogenaamde *ervaringsfeit* dat de dagelijkse omgang in een bepaalde werksituatie kan leiden tot onvoorzichtigheid en onoplettendheid, ook al wijst een specifieke waarschuwing nog zo nadrukkelijk op het gevaar: de werknemer die de hele dag door, dag in, dag uit, naar de waarschuwing kijkt, ziet deze eenvoudigweg niet meer met 'frisse' ogen en de alerte bewustheid die daarmee gepaard gaat.¹¹⁹ Het is juist daarom van groot belang dat van de werkgever een

116 HR 9 februari 2007, NJ 2007, 105, LJN AZ6526 ('Elba II'), waarin de Hoge Raad korte metten maakt met het argument van de werkgever dat de werknemer zelf het nemen van de hem opgedragen veiligheidsmaatregelen niet nodig had gevonden.

117 Vgl. HR 9 juli 1994, NJ 2005, 260, LJN AO8171 (Oost/Brands Bouwgroep), HR 5 november 2004, NJ 2005, 215, LJN AP1463 (Lozerhof/Van Duyvenbode), HR 20 januari 2006, NJ 2008, 461, LJN AT6013 ('Cementpomp') en HR 17 februari 2006, JA 2006/94, LJN AU6927 (Van Swaay/Heesbeen), HR 2 maart 2007, NJ 2007, 143, LJN AZ5834 (Perez/Casa Grande), HR 27 april 2007, NJ 2008, 462, LJN AZ6717 (Kalai/Petit), HR 8 februari 2008, NJ 2008, 93, LJN BB7423 (Lagraauw/Van Schie).

118 Vgl. HR 17 mei 1983, NJ 1983, 690, LJN AC7981 (Tieman/Holland Fumigation), HR 11 november 2005, NJ 2008, 460, LJN AU3313 (Bayar/Wijnen), HR 9 februari 2007, NJ 2007, 105, LJN AZ6526 ('Elba II'), HR 11 juli 2008, JAR 2008/206, LJN BD3747 ('Kamersteiger'), Geers 1988, p. 150, Dommering-Van Rongen 1993, p. 22, Krispijn & Oskam 2008, p. 88. Zo wordt bij grote Amerikaanse bedrijven dikwijls de taak van de 'veiligheidsdeskundige' onder het personeel gerouleerd om de actieve veiligheidsdeskundige 'scherp' te houden.

119 Vgl. HR 14 april 1978, NJ 1979, 245, LJN AC3514 (Messaoudi/Hoechst), HR 22 maart 1991, NJ 1991, 420, LJN ZC0181 (Roefen/Thijssen), HR 18 september 1998, NJ 1999, 45, LJN ZC2706 (Van Doorn/NBM), HR 19 oktober 2001, 663, LJN ZC3689 ('Postbode'), HR 14 oktober 2005, NJ 2005, 539, LJN AU2235 (City Tax/De Boer), HR 11 november 2005, NJ 2008, 460, LJN AU3313 (Bayar/Wijnen) en HR 13 juli 2007, JA 2007/173, LJN BA7355 (Van Veghel/Hendriks).

hoge mate van zorg wordt gevergd met betrekking tot de gewenning van de werknemer aan arbeidsrisico's.

De plichten tot het geven van instructie en het houden van toezicht beginnen al bij de aanvang van de eerste werkzaamheden, wanneer de werknemer moet worden geïnformeerd over algemene gedrags- en veiligheidsvoorschriften, de aard van zijn specifieke werkzaamheden, de daaraan verbonden gevaren en het doel, de werking en de wijze waarop de (persoonlijke) veiligheidsmaatregelen en beschermingsmiddelen moeten worden gebruikt. Tenminste een deel van deze instructie moet mondeling en aanschouwelijk van aard zijn.¹²⁰ Indien een werknemer de Nederlandse taal niet (voldoende) machtig is, kunnen aanwijzingen worden gegeven door middel van gebarentaal mits deze instructies voldoende duidelijk zijn en de werknemer blijk heeft gegeven hen te hebben begrepen.¹²¹ De instructies moeten voorts zijn afgestemd op de capaciteiten van iedere afzonderlijke werknemer, waarbij rekening wordt gehouden met bijvoorbeeld zijn opleiding, begeleiding, zelfstandigheid, intellectueel niveau, leeftijd, zorgvuldigheid, gewoonlijke naleving van instructies, etc.¹²² Zo kan van de werkgever worden verlangd dat hij extra toezicht houdt op en extra begeleiding aanstelt jegens een als slordig en onverantwoordelijk bekend staande werknemer.¹²³

Instructies moeten op zorgvuldige, helder geformuleerde wijze worden gegeven¹²⁴ en met regelmaat worden herhaald of wanneer de omstandigheden daartoe aanleiding geven.¹²⁵ Ook moeten instructies en waarschuwingen op zo'n overtuigende en daadwerkelijk effectieve manier worden gegeven, dat te verwachten is dat zij bij de werknemer zullen leiden tot het gewenste handelen of nalaten waardoor gevaren daadwerkelijk worden vermeden of beperkt.¹²⁶

120 HR 9 juli 2004, NJ 2005, 260, LJN AO8171 (Oost/Brands Bouwgroep).

121 HR 14 april 1978, NJ 1979, 245, LJN AC3514 (Messaoudi/Hoechst). Vgl. ook Rb. Alkmaar 20 april 2000, Prg. 2000, 5502, LJN AJ0090 (Prima Bella/Kamerling) in hoger beroep vernietigd door Hof Amsterdam 28 september 2000, JAR 2000/259. Vgl. ook Ktr. Zaandam 21 december 1995, JAR 1996/172, LJN AG1230 (Semedo/Marvelo).

122 Vgl. HR 9 december 2005, JA 2006, 30 ('Gritstraler'), Hof Den Bosch 14 maart 2006, JA 2006, 95 (CPS Color/X) en Rb. Almelo 27 november 1974 en 5 november 1975, NJ 1977, 532 (Van den Berg/Broomchemie), waarin een werknemer met een lage opleiding en een laag intellectueel niveau methylobromide liet ontsnappen en daardoor een zeer ernstige en acute vergiftiging opliep.

123 HR 9 december 2005, JA 2006/30, LJN AU6512 ('Gritstraler').

124 Het is zeker niet voldoende om de werknemer slechts te waarschuwen niet aan de machine te 'peuteren' wanneer deze storingsverschijnselen vertoont, vgl. HR 16 januari 1998, JAR 1998/55, LJN AG2169 (Van der Elst/Laracker). Vgl. ook Hof Den Haag 11 mei 2007, JA 2007/159, LJN BA6795 (Wilton Feijenoord/A.).

125 Hof Den Bosch 14 maart 2006, JA 2006/95, LJN AW4164 (CPS Color/X).

126 Vgl. HR 28 mei 2004, NJ 2005, 105, LJN AO4224 ('Jetblast'), HR 11 november 2005, NJ 2008, 460, LJN AU3313 (Bayar/Wijnen) en Hof Den Haag 11 mei 2007, JA 2007/159, LJN BA6795 (Wilton Feijenoord/A.).

Het is afhankelijk van de omstandigheden van het geval of (veiligheids-) instructies schriftelijk moeten worden verstrekt; de werkgever is niet per definitie in gebreke wanneer hij daarvan afziet met betrekking tot dagelijkse werkzaamheden of 'alledaagse' risico's.¹²⁷ (Zie paragraaf 3.3.)

De werkgever kan niet volstaan met een eenmalige of algemene instructie in de gebruiks- en veiligheidsvoorschriften. Naarmate de instructie meer expliciet is, frequent wordt herhaald en het toezicht op de naleving ervan scherper is, wordt de werkgever eerder geacht aan de instructie- en toezichtvereisten voldaan te hebben.¹²⁸

Bij de doorsnee werknemer behoeft de werkgever geen waarschuwingen te geven voor gevaren van algemene bekendheid of instructies ten aanzien van alledaagse handelingen, hoewel ervaring en opleiding hier toch relevant blijven.¹²⁹ Evident wordt dit bijvoorbeeld anders indien de werknemer geestelijk gehandicapt is en zijn geestelijke beperkingen leiden tot een vermindering van zijn inzicht in alledaagse gevaren. Wanneer sprake is van werkzaamheden die van een normale (in de zin van alledaagse) aard zijn en al eerder veelvuldig door een ervaren werknemer zijn uitgevoerd, kan de werkgever volstaan met een algemeen toezicht.¹³⁰ Naarmate de ernst of de kans op verwezenlijking van het risico echter toeneemt, dient de werkgever strenger toezicht te houden en eerder en meer vergaande maatregelen te nemen ter voorkoming of beperking van het gevaar.

Uit de instructieplicht van de werkgever vloeit noodzakelijk voort, dat de werkgever tevens op de naleving daarvan toeziet. Anders is een instructieplicht immers niet meer dan een dode letter. De jurisprudentie kent dan ook een groot belang toe aan het deugdelijke toezicht van de werkgever op de naleving

¹²⁷ Vgl. HR 9 juli 2004, NJ 2005, 260, LJN AO8171 (Oost/Brands Bouwgroep), HR 2 maart 2007, NJ 2007, 143, LJN AZ5834 (Perez/Casa Grande), HR 7 december 2007, NJ 2007, 643, LJN BB5625 (X/Shell), HR 8 februari 2008, NJ 2008, 93, LJN BB7423 (Lagraauw/Van Schie).

¹²⁸ Vgl. HR 14 april 1978, NJ 1979, 245, LJN AC3514 (Messaoudi/Hoechst), HR 6 maart 1987, NJ 1987, 533, LJN AG5555 (Bilal Dirmik/Van Nelle-Lassie), Rb. Haarlem 7 december 1993, VR 1995, 68, LJN AJ6151 (Handgraaf/Hoogovens), Hof Arnhem 22 november 2005, JA 2006/12, LJN AU7347 (Albert Heijn/X) en Manders 1995, p. 298.

¹²⁹ Vgl. HR 7 december 2007, NJ 2007, 643, LJN BB5625 (X/Shell), Hof Amsterdam 17 juli 2008, JA 2009/157 ('Imperiaal').

¹³⁰ HR 9 juli 1994, NJ 2005, 260, LJN AO8171 (Oost/Brands Bouwgroep), HR 24 november 1995, NJ 1996, 271, LJN ZC1888 (Rust/Bataafse Aanneming), HR 5 november 2004, NJ 2005, 215, LJN AP1463 (Lozerhof/Van Duyvenbode), HR 20 januari 2006, NJ 2008, 461, LJN AT6013 ('Cementpomp') en HR 17 februari 2006, JA 2006/94, LJN AU6927 (Van Swaay/Heesbeen), HR 2 maart 2007, NJ 2007, 143, LJN AZ5834 (Perez/Casa Grande), HR 27 april 2007, NJ 2008, 462, LJN AZ6717 (Kalai/Petit), HR 8 februari 2008, NJ 2008, 93, LJN BB7423 (Lagraauw/Van Schie).

van de veiligheidsvoorschriften.¹³¹ Van bijzonder belang is het ervaringsfeit dat de praktijk sterker is dan de leer. De werkgever moet hier ernstig rekening mee houden, zijn veiligheidsmaatregelen hierop afstemmen en er op toezien dat die daadwerkelijk worden nageleefd.¹³² Veel arbeidsongevallen worden veroorzaakt doordat werknemers, welbewust tegen de formele instructies in, op de werkvloer werkwijzen toepassen die in hun ogen beter zijn en welke door hun meerderen omwille van efficiëntie oogluikend door de vingers worden gezien. Dikwijls is dit ook een kwestie van bedrijfscultuur. Zo stellen werknemers aan de lopende band er vaak eer in om ‘hun’ machine aan de gang te houden: zij grissen bijvoorbeeld een belemmering liever weg met de hand dan conform de instructies van de werkgever de machine eerst op ‘shut-down’ te zetten wat over het gehele productieproces tot vertraging zou leiden. Zulke arbeidsongevallen zijn echter uiteindelijk onvermijdelijk: immers, hoe vaker de gevaarlijke handeling plaatsvindt, hoe groter de kans dat het gevaar zich zal verwezenlijken. Ontelbare arbeidsongevallen zijn op deze wijze ingeleid met de naderhand betreurde woorden “ja ja, zo kan het toch ook”.

Indien blijkt dat het ervaringsfeit harder is dan de leer en herhaalde instructies niet leiden tot het gewenste risicovermijdende gedrag van de werknemer, dan kan de werkgever vanzelfsprekend niet volstaan door die instructies maar te blijven herhalen: hij zal dan meer effectief moeten optreden, bijvoorbeeld door praktische maatregelen te nemen die niet zo afhankelijk zijn van wat er tussen de oren van de werknemer blijft hangen. Wanneer achteraf blijkt dat meer effectieve bescherming wel degelijk mogelijk was, heeft de werkgever veel uit te leggen aan de rechter.¹³³ In de woorden van Van Boom: “Als het achteraf anders had gekund, dan kon dat ook tevoren.”¹³⁴ Aan de andere kant, arbeidsongevallen *kunnen* ook leiden tot nieuwe inzichten over de veiligheid en wat dienaangaande mogelijk is. Het komt niet wenselijk voor dat een dergelijk geheel nieuw inzicht, onmiddellijk op de werkplek gerealiseerd, alsnog

131 Een mooi voorbeeld: Rb. Arnhem 26 februari 2003, JAR 2003/101, LJN AG8031 (Sportfondsenbad/Meijnders). De werkneemster, een zwembadinstructrice, was bij de aanvang van haar eerste werkzaamheden gewezen op enige veiligheidsmaatregelen maar daar was het verder bij gebleven. Al na drie weken kwam zij ernstig ten val op de glibberige rand van het zwembad. De rechter benadrukte dat haar schade voorkomen had kunnen worden indien de werkgever tenminste enige vorm van toezicht zou hebben gehouden op de naleving van de door hem gegeven veiligheidsinstructies, wat temeer wenselijk was daar zij nog nieuw in dienst was.

132 Vgl. Hof Den Bosch 14 maart 2006, JA 2006/95 (CPS Color/X).

133 Vgl. HR 11 november 2005, NJ 2008, 165 (Bayar/Wijnen), HR 11 april 2008, NJ 2008, 465, LJN BC9225 (Tarioui/Vendrig-Ijsselstein), Hof Arnhem 22 november 2005, JA 2006/12, LJN AU7347 (Albert Heijn/X) en Hof Den Bosch 14 maart 2006, JA 2006/95 (CPS Color/X).

134 Van Boom 2003b, p. 11-16. Vgl. HR 14 april 1979, NJ 1979, 245, LJN AC3514 (Messaoudi/Hoechst), HR 5 november 2004, NJ 2005, 215, LJN AP1463 (Lozerhof/Van Duyvenbode) en HR 11 november 2005, NJ 2008, 165 (Bayar/Wijnen).

tot aansprakelijkheid van de werkgever zou leiden; dit zou andere werkgevers wellicht ervan weerhouden om tijdens lopende gerechtelijke procedures het uitvoeren van dergelijke wenselijke aanpassingen te vermijden.

3.3 *Veiligheidsmaatregelen*

Lid 1 van art. 7:658 BW verplicht de werkgever zodanige maatregelen te treffen als “redelijkerwijs nodig is om te voorkomen dat de werknemer in de uitoefening van zijn werkzaamheden schade lijdt”. In het arrest *Messaoudi/Hoechst* licht de Hoge Raad toe (naar ik meen voor het eerst) dat deze zorgplicht niet absoluut is en daarom niet op de werkgever de verplichting plaatst om “door theoretisch en praktisch onfeilbaar werkende veiligheidsmaatregelen een werknemer volledig tegen gevaren te beschermen”.¹³⁵

De aansprakelijkheidsbeperkingen die besloten liggen in de woorden ‘redelijkerwijs mogelijk’ mogen worden gezocht in een scala van aspecten zoals de bekendheid met het risico van arbeidsgelerateerde gezondheidsrisico’s, de kans op letsel en de ernst ervan, het belang van een redelijke bedrijfsuitoefening (denk aan de technische, operationele en economische haalbaarheid van de mogelijke veiligheidsmaatregelen), het ervaringsfeit van de verminderde oplettendheid en voorzichtigheid van de werknemer, ingeslepen routine, de persoonlijke ervaring van de betrokken werknemers, de effectiviteit van waarschuwingen en alle overige feitelijke omstandigheden.¹³⁶ Want ook ten aanzien van veiligheidsmaatregelen wordt de zorgplicht van de werkgever in belangrijke mate ingevuld door de omstandigheden van het geval.¹³⁷ Daarbij geldt in essentie: hoe gevaarlijk de machine, de chemische stof of het bedrijfsproces, hoe groter of ernstiger het veiligheidsrisico, hoe meer van de werkgever kan worden gevergd om de verwezenlijking van dit risico te voorkomen.¹³⁸

Bij de beantwoording van de vraag of de werkgever in een concreet geval tekortgeschoten is in deze zorgplicht – waarvan hij de volle bewijslast draagt – dient eerst te worden onderzocht of de werkgever preventieve maatregelen had kunnen of behoren te nemen die het ongeval of de beroepsziekte hadden kunnen voorkomen. Pas als afdoende preventieve beveiliging niet mogelijk is,

¹³⁵ HR 14 april 1979, NJ 1979, 245, LJN AC3514 (*Messaoudi/Hoechst*).

¹³⁶ Vgl. HR 6 april 1990, NJ 1990, 573, LJN AB9376 (*Janssen/Nefabas*) en HR 17 december 2004, NJ 2006, 147, LJN AR3290 (*Hertel/Van der Lugt*).

¹³⁷ HR 5 november 1965, NJ 1966, 136, LJN AB7079 (‘Kelderluik’).

¹³⁸ Vgl. HR 14 april 1978, NJ 1979, 245, LJN AC3514 (*Messaoudi/Hoechst*), HR 29 april 1983, NJ 1984, 19, LJN AC1481 (*De Vries/Kuyt*).

mag de werkgever omkijken naar de ‘second best’ oplossing.¹³⁹ Waarschuwingen komen als maatregel laag in de hiërarchie van veiligheidsmaatregelen. Zo kunnen waarschuwingen alléén de werkgever niet disculperen als actief toezicht of bijvoorbeeld een aanpassing van de machine mogelijk is.¹⁴⁰

Het is aan de werkgever om aan te tonen dat hij in het kader van zijn zorgplicht ex art. 7:658 BW daadwerkelijk en op een serieuze manier onderzoek heeft gedaan naar de beveiliging van een gevaarlijk apparaat, een gevaarlijke stof of een gevaarlijk productieproces, bijvoorbeeld door gemotiveerd aan te geven welke alternatieve veiligheidsmaatregelen hij heeft overwogen en waarom deze alternatieven niet van hem in redelijkheid kunnen worden gevergd. Indien hij niet in deze bewijslast slaagt, is de schending van zijn zorgplicht gegeven. In dit kader is het daarom verbazingwekkend dat per eind 2008 slechts 15 % van het totale aantal werknemers onder de werking valt van een goedgekeurde arbocatalogus en dat in 2007 minder dan de helft van alle werkgevers beschikte over een RI&E (risicoinventarisatie- en evaluatie). Bij kleine werkgevers met hooguit vier werknemers (dit is circa 80% van alle bedrijven) heeft slechts eenderde een RI&E. Want hoe kan de werkgever aantonen dat hij een bewust preventie- en veiligheidsbeleid voert ten aanzien van de arbeidsrisico's in zijn onderneming, als hij niet kan aantonen dat hij weet om welke risico's het überhaupt gaat, laat staan hoe hij deze wil voorkomen?¹⁴¹

Verder weegt ook mee in hoeverre het treffen van veiligheidsmaatregelen voor de werkgever voor de hand lag *voordat* het concrete ongeval zich had voorgedaan: indien bijvoorbeeld een vergelijkbaar ongeval reeds eerder had plaatsgevonden en de werkgever heeft verzuimd om in redelijkheid te vergen maatregelen te nemen om een herhaling te voorkomen, ligt een verwijtbaar tekortschieten in de zorgplicht eveneens gauw voor de hand.¹⁴² Op zijn minst verliest de werkgever dan het verweer dat er geen sprake was van een kenbaar risico.

De voor de hand liggende vraag is: hoe ver moet de werkgever ‘in redelijkheid’ gaan in het nemen van veiligheidsmaatregelen – wat nu als de ‘in redelijkheid’ te verlangen maatregelen zo duur zijn dat zij tot zijn faillissement zouden leiden? In de jurisprudentie wordt deze specifieke invulling van de zorgplicht door de rechterlijke macht zo vergaand uitgelegd dat aan de beperking ‘in redelijkheid’ weinig praktische betekenis toekomt: een werkgever zal zelden met succes kunnen verweren dat een bepaalde maatregel, die gericht

139 Vgl. Boom 2006b, p. 115.

140 Vgl. HR 11 november 2005, NJ 2008, 165 (Bayar/Wijnen).

141 TNO Kwaliteit van Leven 2008, p. 81.

142 Vgl. HR 14 april 1978, NJ 1979, 245, LJN AC3514 (Messaoudi/Hoechst), HR 11 november 2005, NJ 2008, 165 (Bayar/Wijnen).

is op de bescherming van de werknemer, in redelijkheid niet van hem kan worden gevergd.¹⁴³

De minimumnorm van veiligheidsmaatregelen die in dit kader van de werkgever wordt verlangd, is de naleving van wettelijke veiligheidsnormen, zoals verwoord in arbowetgeving en in Europese richtlijnen. Maar in de praktijk en in het ongeschreven recht is veel meer dan dit mogelijk en dat wordt dan ook van de werkgever verlangd. Daarmee hanteert de rechterlijke macht met consistentie de veeleisende lijn die door Van der Zwaag was uitgezet, toen hem een eeuw geleden hetzelfde werd gevraagd:

“Wanneer wij voorschrijven, dat alle denkbare maatregelen, om de arbeiders de noodige veiligheid en waarborgen voor hun gezondheid te bezorgen, worden genomen, maken wij misschien een enkel bedrijf onmogelijk. (...) [A]ls die bedrijven maar mogen worden geëxploiteerd zonder dat alle mogelijke voorzorgsmaatregelen ten bate der arbeiders zijn genomen, wordt het risico op de arbeiders gelegd en waagt men hun gezondheid en leven eraan. (...) Ik [heb] liever dat het bedrijf verdwijnt dan dat de arbeider eraan gewaagd wordt.”¹⁴⁴

‘Alledaagse’ ongevallen vormen hierop een uitzondering voor zover in een zodanig geval geen sprake is van een verwijtbare tekortkoming in de zorgplicht van de werkgever. Zo hoeft de werkgever in redelijkheid geen veiligheidsmaatregelen te nemen om te voorkomen dat de werknemer zonder aanleiding struikelt over zijn eigen voeten.¹⁴⁵ De zorgplicht van de werkgever strekt niet zó ver.¹⁴⁶

¹⁴³ Vgl. HR 13 juli 2007, JA 2007/173, LJN BA7355 (Van Veghel/Hendriks), HR 11 april 2008, NJ 2008, 465, LJN BC9225 (Tarioui/Vendrig-IJsselstein), HR 6 juni 2008 NJ 2008, 326, LJN BC9344 (‘Portacabins’), Hof Arnhem 22 november 2005, JA 2006/12, LJN AU7347 (Albert Heijn/X) en Hof Den Bosch 14 maart 2006, JA 2006/95 (CPS Color/X).

¹⁴⁴ Bles 1909, p. 312-313.

¹⁴⁵ In de praktijk doet dit verweer zich met name voor bij ongevallen die in het spreekwoordelijke hoekje liggen. Vgl. HR 4 oktober 2002, NJ 2004, 175, LJN AE4090 (‘Broodmes’), HR 16 mei 2003, NJ 2004, 176, LJN AF 7000 (Dusarduy/Du Puy), HR 12 september 2003, NJ 2004, 177, LJN AF8254 (‘Koffievlek’), HR 9 juli 2004, NJ 2005, 260, LJN AO8171 (Oost/Brands Bouwgroep), HR 20 januari 2006, NJ 2008, 461, LJN AT6013 (‘Cementpomp’), HR 2 maart 2007, NJ 2007, 143, LJN AZ5834 (Perez/Casa Grande), HR 13 juli 2007, JA 2007/173, LJN BA7355 (Van Veghel/Hendriks), HR 8 februari 2008, NJ 2008, 93, LJN BB7423 (Lagraauw/Van Schie) en HR 11 april 2008, NJ 2008, 465, LJN BC9225 (Tarioui/Vendrig-IJsselstein), Hof Amsterdam 6 juli 2006, JA 2006/108 (‘Natte vloer’).

¹⁴⁶ Dit argument biedt geen soelaas indien de werknemer is gestruikeld over een klein hoogteverschil of een oneffenheid wat de werkgever had behoren te voorkomen, vgl. HR 13 juli 2007, JA 2007/173, LJN BA7355 (Van Veghel/Hendriks).

Uit een reeks arresten blijkt echter dat de ervarenheid en deskundigheid van de werknemer niets afdoen aan de verplichting van de werkgever om ook voor een geroutineerde werknemer veiligheidsmaatregelen te treffen indien hij weet (dan wel behoort te weten) dat daartoe aanleiding bestaat.¹⁴⁷

Ook kan worden opgemerkt dat de term ‘redelijkerwijs nodig’ in de praktijk in strijd met de wettelijke term wordt toegepast. Deze term wordt – vergelijk de bovenstaande alinea’s – algemeen uitgelegd als datgene, wat redelijkerwijs *mogelijk* is.¹⁴⁸ De verklaring hiervoor kan worden gezocht in de formulering van het oude art. 7A:1638x oud-BW, waar in lid 1 de frase ‘als redelijkerwijze in verband met den aard van den arbeid gevorderd *kan* worden’ werd gehanteerd. In het kader van de modernisering van het taalgebruik heeft de wetgever deze term vervangen door de formule ‘als redelijkerwijs nodig’, zonder een breuk met het oude recht te beogen. Het komt mij echter voor dat, strikt gesproken, het niet juist is om ‘nodig’ te synoniem te gebruiken met ‘mogelijk’. Een strikte uitleg van de term ‘nodig’ dwingt mijns inziens tot het stellen van hogere eisen aan de zorgplicht van de werkgever dan bij het meer ruimhartige begrip ‘mogelijk’ zal worden verlangd. Zeker na de verwezenlijking van een bedrijfsrisico dat tot gezondheidsschade van de werknemer heeft geleid, kan moeilijk worden verdedigd dat het nemen van adequate veiligheidsmaatregelen niet *nodig* is geweest, hoewel wellicht wel kan worden betoogd dat de hoge kosten die hiermee zouden zijn gemoeid en de betrekkelijke geringe kans op de verwezenlijking van het risico, het nemen van dergelijke maatregelen voorbij de redelijke grenzen van het ‘redelijkerwijs mogelijke’ zouden hebben gebracht. De laatste redenering sluit, lijkt mij, niet aan bij de essentiële beschermingsgedachte van art. 7:658 BW. Zo heeft Spier aangevoerd dat deze term zodanig kan worden geïnterpreteerd dat “(...) het *nodig* is om maatregelen te treffen terstond nadat een gevaar bekend is geworden. Praktische moeilijkheden spelen *daarbij* niet.”¹⁴⁹

Zelfs de beste veiligheidsmaatregelen kunnen echter teniet worden gedaan door menselijk falen. De werkgever dient daarom bedacht te zijn op het ervaringsfeit dat de dagelijkse omgang met machines en gevaarlijke situaties de werknemer er gemakkelijk toe kan verleiden om niet alle voorzichtigheid in acht te nemen die geraten is om schade te voorkomen of zelfs

147 Vgl. HR 20 januari 2006, NJ 2006, 461, LJN AT6013 (‘Cementpomp’), HR 9 februari 2007, NJ 2007, 105, LJN AZ6526 (‘Elba II’), HR 13 juli 2007, JA 2007/173, LJN BA7355 (Van Veghel/Hendriks) en HR 11 juli 2008, JAR 2008/206, LJN BD3747 (‘Kamersteiger’).

148 In de praktijk doet dit zich verweer het meest voor bij ongevallen die in het spreekwoordelijke kleine hoekje liggen. De werkgever c.q. verzekeraar stelt dikwijls achteraf dat hij niet was gehouden om veiligheidsmaatregelen te nemen ‘omdat de kans zo klein was’.

149 Vgl. Spier 2006, p. 203; originele cursivering.

om veiligheidsinstructies onder omstandigheden te negeren.¹⁵⁰ Gevaar *went*. Onvoorzichtigheid kan zich ook uiten in de vorm van een enkel moment van onoplettendheid, vergeetachtigheid, ongehoorzaamheid, overijverigheid of gedrevenheid, speelsheid, eigen initiatief, vermoeidheid of zelfs domheid. Niets menselijks is de werknemer vreemd, zodat de zorgvuldige werkgever zijn veiligheidsmaatregelen nadrukkelijk op het ervaringsfeit dient af te stemmen.¹⁵¹ In dit licht moet de werkgever ook beseffen dat een werknemer uit plichtsbesef, voortvarendheid, gebrek aan inzicht, tijdnood, etc. geneigd kan zijn om ongeschikt of wellicht zelfs onveilig materiaal of gereedschap te gebruiken bij gebrek aan beter: het is dan ook aan de werkgever om ervoor te zorgen dat geschikt materiaal wel degelijk voorhanden is.¹⁵²

Een werkgever moet zelf instaan voor de in zijn bedrijfsuitoefening gehanteerde veiligheidsnormen; hij kan zich niet verweren door te stellen dat de in zijn bedrijf aanwezige veiligheidsmaatregelen overeenkomen met wat gebruikelijk is (of destijds was) in zijn bedrijfstak, indien die gebruikelijke maatregelen tekortschieten.¹⁵³ Opnieuw weet Spier de reden hiervoor treffend te verwoorden: “Er is geen goede reden waarom werknemers de prijs zouden moeten betalen van een algemeen gangbare foute praktijk.”¹⁵⁴ Ook kan de werkgever niet volstaan met het naleven van wettelijke voorschriften zoals de Arbeidsomstandighedenwet en daarvan afgeleide regelgeving, indien hij redelijkerwijs méér maatregelen dient te treffen om te voorkomen dat de werknemer in de uitoefening van zijn werkzaamheden schade lijdt. De civiele normen van het werkgeversaansprakelijkheidsrecht gaan hier beduidend verder dan de publiekrechtelijke regels waaraan de werkgever moet

150 Vgl. HR 27 juni 1975, NJ 1976, 81, LJN AC5607 (Heesters/Schenkelaars), HR 14 april 1978, NJ 1979, 245, LJN AC3514 (Messaoudi/Hoechst), HR 9 januari 1987, NJ 1987, 948, LJN AC5504 (Sweegers/Van den Hout), HR 22 maart 1991, NJ 1991, 420, LJN ZC0181 (Roefen/Thijssen), HR 20 september 1996, NJ 1997, 198, LJN ZC2142 (Pollemans/Hoondert), HR 18 september 1998, NJ 1999, 45, LJN ZC2706 (Van Doorn/NBM), en Hof Den Bosch 14 maart 2006, JA 2006/95 (CPS Color/X).

151 Vgl. HR 11 november 2005, NJ 2008, 460, LJN AU3313 (Bayar/Wijnen), Hof Amsterdam 18 december 2007, JA 2008/55, LJN BC5387 (‘Onaanvaardbare werkdruk’). Een bekend voorbeeld uit de praktijk: op een warme dag wil een werknemer op een industrieterrein gemakshalve wel eens een paar knoopjes openen van de vanwege veiligheidsinstructies voorgeschreven hooggesloten bovenkleding, de verplichte lange mouwen oprollen en zijn veiligheidshelm ‘vergeten’. De werkgever dient zeker onder dergelijke omstandigheden het niet bij een enkele instructie te laten maar nauwlettend op naleving van deze veiligheidsvoorschriften toe te zien.

152 Vgl. HR 18 september 1998, NJ 1999, 45, LJN ZC2706 (Van Doorn/NBM) en HR 16 maart 2007, JAR 2007/92, LJN AZ6718 (Egemin/t Mannetje) met conclusie van A-G De Vries Lentsch-Kostense, Hof Den Bosch 20 december 2005, JA 2006/60, LJN AV2134 (X/Y).

153 HR 6 april 1990, NJ 1990, 573, LJN AB9376 (Janssen/Nefabas) en HR 2 oktober 1998, NJ 1999, 683, LJN ZC2721 (Cijssouw/De Schelde II).

154 In zijn conclusie als A-G bij het bovengenoemde Cijssouw II-arrest.

voldoen, die als gevolg van de trend tot deregulering en zelfregulering slechts een minimaal karakter hebben.¹⁵⁵ Indien de werkgever zijn publiekrechtelijk voorgeschreven veiligheidsmaatregelen niet heeft nageleefd, kan hij nog aan aansprakelijkheid ontkomen door aan te tonen dat de door hem gekozen veiligheidsmaatregelen ten minste een even hoog veiligheidsniveau bieden of dat de publiekrechtelijke veiligheidsmaatregelen de verwezenlijking van het risico evenmin zouden hebben voorkomen.

Het nemen van veiligheidsmaatregelen houdt ook in dat de werkgever moet zorgen dat de veiligheid van de werknemer niet in gevaar wordt gebracht door de aanwezigheid van ondeugdelijk materiaal of de afwezigheid van ander deugdelijk materiaal waar hij in redelijkheid in had behoren te voorzien.¹⁵⁶ Indien de werknemer hierdoor niettemin een ongeval overkomt, is de werkgever aansprakelijk voor de daaruit voortvloeiende schade; zelfs als het materiaal is verschaft door derden of de Arbeidsinspectie geen overtreding van de Arbeidsomstandighedenwet heeft kunnen vaststellen.¹⁵⁷ Dit is alleen anders indien de werkgever van te voren aan de werknemer de expliciete aanwijzing heeft gegeven om alleen 'eigen', dat wil zeggen het materiaal van de werkgever te gebruiken. Heeft de werkgever dit achterwege gelaten dan is hij ook aansprakelijk voor de gevolgen van een ongeval dat de werknemer is overkomen bij het gebruiken – met al dan niet stilzwijgende toestemming – van ondeugdelijk gebleken materiaal geleend van een derde (behoudens opzet of bewuste roekeloosheid van die werknemer).¹⁵⁸

¹⁵⁵ Zo steekt het Nederlandse wettelijke arbeidsveiligheidsbeleid schiel af tegen de talrijke veiligheidsvoorstellen en -campagnes van de IAO en de European Agency for Safety and Health at Work (EU-OSHA). Nederland staat er internationaal om bekend om bij deze organisaties als lidstaat c.q. deelnemende partner doorgaans tegen een hoger niveau van veiligheid op de werkplek te stemmen wanneer dit meer regelgeving zou betekenen (wat dikwijls het geval is). Een praktisch voorbeeld van deregulering en zelfregulering: sinds de invoering van de nieuwe Arbeidsomstandighedenwet per 1 januari 2007 is het bedrijfsleven zelf verantwoordelijk voor het vaststellen van de grenswaarden van de meeste chemische stoffen, de meest gevaarlijke uitgezonderd; voorheen werden grenswaarden vastgesteld door de overheid.

¹⁵⁶ Vgl. HR 18 september 1998, NJ 1999, 45, LJN ZC2706 (Van Doorn/NBM) en HR 11 april 2008, NJ 2008 (Tarioui/Vendrig-Ijsselstein), waarin de Hoge Raad oordeelt dat het ter beschikking stellen van veiligheidsschoenen om uitglijden te voorkomen niet voldoende is om aan de zorgplicht te voldoen, nu ook andere, meer effectieve maatregelen van de werkgever konden worden gevergd zoals het leggen van rubberen matten.

¹⁵⁷ Hof Amsterdam 22 juni 2000, JAR 2000/178, LJN AG5283 (KLM/Jabbar). In deze zaak viel een werknemer tijdens het uitoefenen van zijn werkzaamheden van een cateringwagen, omdat een daaraan bevestigde handgreep afbrak. De rechter oordeelde in casu dat de werkgever niet aannemelijk had gemaakt in haar verweer dat haar verwijt kon treffen voor het afbreken van de handgreep of waarom zij in redelijkheid niet op de hoogte had kunnen zijn van de daarin aanwezige haarscheurtjes, hetgeen hem tot de conclusie bracht dat de werkgever niet aan de op haar rustende onderhoudsverplichtingen had voldaan.

¹⁵⁸ Ktr. Utrecht 14 mei 1987, Prg. 1987, 2710 (Elteren/Meijssen) en Geers 1988, p. 150.

De werkgever wordt een zekere periode gegund om veiligheidsvoorzieningen te treffen ten aanzien van 'nieuwe' gevaren. De duur van die periode is afhankelijk van diverse criteria die in belangrijke mate zijn ontleend aan het Kelderluik-arrest.¹⁵⁹ Relevante factoren zijn bijvoorbeeld de mate waarin het treffen van veiligheidsmaatregelen voor de hand lag¹⁶⁰, de mate van zekerheid in de medische wetenschap aangaande het verband tussen een apparaat of een gevaarlijke stof en de betreffende schade, de grootte van de kans op verwezenlijking van het gevaar, de bekendheid van andere schadelijke werkingen van een gevaarlijk apparaat of stof, de ernst van de schade die de verwezenlijking van een bedrijfsgevaar met zich zal brengen en de tijd die nodig is voor onderzoek.¹⁶¹

4 Bewijsrechtelijke kwesties

4.1 Inleiding

Na de afschaffing van de Ongevallenwet in 1967 – met inbegrip van de civielrechtelijke immuniteit van de werkgever – kwam het werkgeversaansprakelijkheidsrecht geleidelijk tot meer ontwikkeling als gevolg van het toenemende aantal rechtszaken op dit rechtsgebied. In een lange reeks van arresten heeft de Hoge Raad sindsdien de werknemer consequent in bescherming genomen om zo een tegengewicht te bieden tegen de ondergeschikte en feitelijke afhankelijke positie van de werknemer ten opzichte van de werkgever, met name waar het de veiligheid en de zwakkere bewijspositie van de werknemer betreft. Deze beschermingsgedachte heeft zich in juridische zin vooral vertaald in een voortschrijdende verlichting van de bewijslast ten gunste van de werknemer en een verzwaarde bewijslast van de werkgever.¹⁶²

4.2 Stelplicht, bewijslastverdeling en causaal verband

De jurisprudentie ten aanzien van de stelplicht en bewijslastverdeling op het gebied van arbeidsongevallen en beroepsziekten wijkt na decennia van jurisprudentie inmiddels zover af van de wettelijke hoofdregel van art. 150 Rv, dat het niet eenvoudig is om te weten wie wat moet stellen en bewijzen en,

159 HR 5 november 1965, NJ 1966, 136, LJN AB7079 ('Kelderluik').

160 Vgl. HR 14 april 1978, NJ 1979, 245, LJN AC3514 (Messaoudi/Hoechst).

161 Vgl. HR 25 juni 1993, NJ 1993, 686, LJN AC1907 (Cijssouw/De Schelde I). Zie ook Spier 2000, nr. 189.

162 De beschermingsgedachte is bijvoorbeeld expliciet verwoord in HR 11 maart 2005, JAR 2005/84, LJN AR6657 (ABN AMRO/Nieuwenhuys).

niet onbelangrijk, op welk moment in een gerechtelijke procedure dat moet geschieden.

In essentie komt het hier op neer: de werknemer moet ex art. 7:658 lid 2 BW stellen en zonodig bewijzen dat hij a) schade heeft geleden en b) dat deze schade in de uitoefening van zijn werkzaamheden is ontstaan.¹⁶³ Hij draagt derhalve de bewijslast van het causaal verband tussen de schade en zijn werkzaamheden. Maar de jurisprudentie komt hem hier, althans ten aanzien van arbeidsongevallen, zo vergaand tegemoet dat dit meer een formaliteit is dan een last.

Als algemeen uitgangspunt verlangt de Hoge Raad slechts van de werknemer dat hij voldoende stelt om tenminste aannemelijk te maken dat zijn schade tijdens de uitvoering van de werkzaamheden heeft plaatsgevonden.¹⁶⁴ Aan deze initiële stelplicht mogen niet te hoge eisen worden gesteld. Ook het begrip 'in de uitoefening van zijn werkzaamheden' moet ruim worden uitgelegd. In de praktijk komt het immers wel eens voor dat de feitelijke uitvoering van de werkzaamheden door de werknemer wat afwijkt van de door de werkgever verstrekte opdracht, bijvoorbeeld wanneer hij met enige zelfstandigheid en naar eigen inzicht zijn werkzaamheden op locatie moet verrichten. Een dergelijke afwijking van de opdracht doet echter niets af aan het gegeven dat de werknemer ook dan geacht wordt in de uitoefening van zijn werkzaamheden te zijn.¹⁶⁵ Pas wanneer de werkgever de schade of de relatie met het werk gemotiveerd weet te betwisten, draagt de werknemer *dan* hiervan de volle bewijslast.¹⁶⁶

¹⁶³ Bijvoorbeeld, expliciet: HR 10 december 1999, NJ 2000, 211, LJN AA3837 (Fransen/Pasteur-ziekenhuis), HR 15 december 2000, NJ 2001, 198, LJN AA9048 (Van Uiter/Jalas), HR 29 juni 2001, NJ 2001, 476, LJN AB2342 (Industromontaza/Banfic), HR 20 mei 2005, JA 2005/65, LJN AS4406 (De Bakker/Zee Electronics), HR 23 juni 2006, NJ 2006, 354, LJN AW6166 (Havermans/Luyckx). In de lagere rechtspraak: Hof Leeuwarden 14 mei 2008, JA 2008/104, LJN BD2318 (X/Dactylo), Ktr. Nijmegen 11 juli 2008, JA 2008/173, LJN BF1823 (X/Emons Cargo) en Ktr. Utrecht 19 november 2008, Prg. 2009, 27 (X/Oracle). Vgl. Hartlief & Tjittes 1990, p. 286, Dommering-Van Rongen 1993, p. 16, Wachter 1995, p. 167, Bolt & Spier 1996, p. 97, Frenk 1996, p. 81, Alt 2004, nr. 6/7, p. 35 en uitvoerig Charlier 2004, p. 12-22 en 2008b, p. 5-21.

¹⁶⁴ Ten aanzien van multicausale gezondheidsklachten, met name in de psychische sfeer, is dit niet altijd even gemakkelijk gezegd als gedaan: vgl. Hof Den Haag 7 juli 2009, LJN BJ3803 (X/Da Vinci College), waar de werknemer er niet in slaagt om aan aannemelijk te maken dat zijn burn-out klachten in relatie staan tot zijn werkzaamheden.

¹⁶⁵ HR 15 december 2000, NJ 2001, 198, LJN AA9048 (Van Uiter/Jalas), Hof Den Haag 15 maart 2005, VR 2006, 84, LJN AX9375 (Egemin/'t Mannetje). Anders: HR 16 november 2001, NJ 2002, 71, LJN AD5483 (Quant/Bergen), HR 9 augustus 2002, NJ 2004, 235, LJN AE2113 (De Bont/Oudenallen) en HR 30 november 2007, JA 2008/32, LJN BB6178 (X/NCM), in al deze gevallen overkomt de werknemer een verkeersongeval tijdens woon-werkverkeer en derhalve niet 'in de uitoefening van de werkzaamheden'.

¹⁶⁶ HR 25 mei 2007, JA 2007/137, LJN BA3017 (X/Leger des Heils).

Ten gevolge van de zgn. ‘socialisering’ van de arbeid ondervinden steeds meer werknemers schade die duidelijk in verband staat met de verplichtingen voortvloeiende uit de arbeidsovereenkomst, maar waarvan niet evident is dat deze heeft plaatsgevonden *in* de uitoefening van de werkzaamheden.¹⁶⁷ Werkzaamheden en privéleven zijn niet meer zo duidelijk van elkaar te onderscheiden als een eeuw geleden het geval was; tegenwoordig is de scheidslijn tussen beiden vager geworden. Voorbeelden hiervan zijn letsel ontstaan tijdens personeelsfeestjes en -barbecues, bedrijfsportdagen, ‘teambuilding’- of ‘bezinnings’-dagen op de hei, etc. Het is aan de werknemer om aan te tonen dat het bijwonen van een dergelijke gelegenheid een verplichting betrof uit hoofde van de arbeidsovereenkomst, geen vrijwillige vrijetijdsbesteding was maar deel uitmaakte van zijn werkzaamheden, relevant was voor de representatieve aard van zijn functie, van betekenis kon zijn voor zijn promotiekansen, etc. In deze gevallen kan het, afhankelijk van de omstandigheden van het geval, raadzaam zijn voor een werknemer om zijn vordering tot schadevergoeding jegens de werkgever zekerheidshalve ook te baseren op andere rechtsgronden, zoals onrechtmatige daad, redelijkheid en billijkheid en goed werkgeverschap.¹⁶⁸

De werknemer dient echter wel, indien betwist, aan te tonen dát hij aan een gevaarlijke arbeidssituatie is blootgesteld die schadelijk kan zijn geweest voor zijn gezondheid; de enkele *mogelijkheid* dat een gevaarlijke blootstelling heeft plaatsgevonden, volstaat daartoe niet.¹⁶⁹ Ook dient hij conform het arrest Unilever/Dikmans op zijn minst aannemelijk te maken en zo nodig te bewijzen dat zijn specifieke gezondheidsklachten een arbeidsgerelateerde oorzaak *kunnen* hebben.¹⁷⁰ Bij arbeidsongevallen leidt dit zelden tot problemen; maar bij beroepsziekten en bij gezondheidsklachten die noch een duidelijk arbeidsongeval, noch een beroepsziekte betreffen, is dit niet altijd zo gemakkelijk gedaan is als gezegd. Illustratief is het arrest Havermans/Luyckx, waarin werknemer Havermans er niet in slaagde om aannemelijk te maken dat zijn

167 Vgl. HR 22 januari 1999, NJ 1999, 534, LJN ZC2783 (Reclassering Nederland/S.) en Rb. Amsterdam 4 augustus 1999, JAR 1999/172, LJN AJ6558 (Huigen/Delta Lloyd). Er werd ook geen ‘uitoefening van werkzaamheden’ aanvaard in Hof Leeuwarden 27 augustus 2003, JAR 2003/241, LJN AJ6851 (X/Noordelijke Beveiligingsinstallatie) waarin een beveiligingsbeambte tijdens een privésituatie werd mishandeld door een klant van zijn werkgever, een supermarkthouder.

168 Vgl. HR 16 december 2005, NJ 2008, 186, LJN AU6089 (‘Togglebaan’), HR 17 april 2009, JAR 2009/128, LJN BH1996 (‘Rolschaatsworkshop’), Hof Den Bosch 22 juni 2004, JAR 2004/237, LJN AR2568 (‘Pootje baden’), Hof Den Bosch 6 juli 2004, JAR 2004/187, LJN AQ6742 (Gielen/Spaar-Select) en Rb. 8 januari 2003 en 7 april 2004, JAR 2004/108 (‘Ballonvaart’).

169 HR 26 januari 2001, NJ 2001, 597, LJN AA9666 (Weststrate/De Schelde). Vgl. Van de Water 2001, p. 15-16.

170 HR 17 november 2000, NJ 2001, 596, LJN AA8369 (Unilever/Dikmans).

gezondheidsklachten waren veroorzaakt door de giftige stoffen waarmee hij had gewerkt. Ook het arrest Landskroon/BAM maakt duidelijk dat in het geval van chronische gezondheidsklachten die door meerdere oorzaken kunnen zijn ontstaan, zoals een versleten rug, deze bewijslast zeker niet eenvoudig is geleverd, hoe voor de hand liggend het causaal verband op het eerste gezicht ook lijkt.¹⁷¹

Uiteraard dient de werknemer ook aan te tonen dat er daadwerkelijk sprake is van schade. Bij fysiek letsel is dit doorgaans evident en gemakkelijk aangetoond. Menige vordering tot schadevergoeding voor psychisch letsel is echter mislukt doordat het slachtoffer weigert een psychiatrisch onderzoek te ondergaan om het letsel vast te laten stellen door een daartoe deskundige arts.

Voorts dient de werknemer met betrekking tot het causaal verband *aannemelijk* te maken dat zijn schade is ontstaan in de uitoefening van zijn werkzaamheden, bijvoorbeeld doordat hij is blootgesteld aan gezondheidsrisico's.¹⁷² Deze bewijslast is echter zozeer verlicht in de loop der jaren dat hij hier relatief eenvoudig aan kan voldoen door te stellen en toe te lichten dat zijn schade niet zou zijn ingetreden zonder de tekortkoming van de werkgever in de nakoming van diens zorgplicht jegens hem: de bekende *conditio sine qua non*-formule. De Hoge Raad stelt nadrukkelijk geen hoge eisen:

“Hieraan is reeds voldaan indien de vastgestelde feiten inhouden dat de gestelde schade het gevolg is van een ongeval dat de werknemer is overkomen terwijl hij krachtens zijn arbeidsovereenkomst werkzaamheden verrichtte.”¹⁷³

171 Vgl. HR 9 januari 2009, JA 2009/58, LJN BF8875 (Landskroon/BAM), waarin een bekistingstimmerman niet slaagt in de bewijsopdracht om ‘aannemelijk te maken’ dat zijn rugklachten (die door een scala van oorzaken kunnen zijn veroorzaakt) specifiek het gevolg zijn van jarenlang (te) zwaar tillen tijdens zijn arbeid. Het enkel stellen dat het een feit van algemene bekendheid is dat een manier van tillen die in strijd is met de arboregels tot rugklachten kan leiden, volstaat niet. Een relatief zeldzaam voorbeeld van een gefaalde stelplicht ten aanzien van een arbeidsongeval betreft Hof Amsterdam 8 november 2007, JAR 2008/88, LJN BC2939 (‘Omgevallen container’). Na een poging om een omvallende container tegen te houden had de werknemer rugklachten gekregen. Hij kon later in rechte niet aantonen wanneer, of zelfs dat, dit incident had plaatsgevonden.

172 HR 25 juni 1982, NJ 1983, 151, LJN AG4420 (Rijnberg/Speerstra), HR 29 november 2002, NJ 2004, 305, LJN AE7351 (Kastelijin/Gem. Achtkarspelen), HR 9 april 2004, NJ 2004, 308, LJN AO3170 (D./Achmea) en HR 9 januari 2009, JA 2009/58, LJN BF8875 (Landskroon/BAM). Vgl. ook Hof Den Haag 21 januari 2005, JAR 2005/97, LJN AS8586 (Köpke/Campen), Hof Amsterdam 17 juli 2008, JA 2008/157 (‘Imperiaal’) en Rb. Den Haag 21 mei 2008, JA 2008/145 (‘Entonox’).

173 HR 15 december 2000, NJ 2001, 198, LJN AA9048 (Van Uitert/Jalas) en bevestigd in HR 8 juni 2001, NJ 2001, 433, LJN AB2019 (Zwolsche Algemeene/De Greef).

Toch kan het causaal verband problemen geven voor de werknemer die multicausale gezondheidsklachten heeft, zoals (bij uitstek) rugklachten: de *specifieke* link naar het werk is dan niet zo eenvoudig gelegd.¹⁷⁴

Indien komt vast te staan dat de zorgplicht van de werkgever een norm behelst die gericht is op de veiligheid, gezondheid en welzijn van de werknemer en deze norm geschonden is ('verwezenlijking van het risico'), kan dit leiden tot de omkering van de bewijslast van het causaal verband.¹⁷⁵ Dit vloeit voort uit een lange reeks van arresten in de strekking dat, wanneer het letsel is veroorzaakt door de schending van een verkeers- of een veiligheidsnorm die beoogt te beschermen tegen die schade of tenminste de kans op verwezenlijking van die schade te verminderen (wat binnen de context van de arbeidsomstandigheden vrijwel altijd het geval zal zijn), daarmee in beginsel het causaal verband gegeven is. De werkgever kan dan nog aan aansprakelijkheid ontsnappen door gemotiveerd aan te tonen dat de naleving van deze norm de schade niet zou hebben voorkomen of verminderd of dat de schade in belangrijke mate te wijten is aan de opzet of bewuste roekeloosheid van de werknemer.¹⁷⁶ Dit geldt evenzeer voor ongeschreven normen.¹⁷⁷ Op deze wijze wordt het slachtoffer van letselschade vergaand tegemoet gekomen. In het Unilever/Dikmans-arrest formuleert de Hoge Raad duidelijk dat:

"(...) wanneer een werknemer bij zijn werk is blootgesteld aan voor de gezondheid gevaarlijke stoffen, het door de werknemer te bewijzen oorzakelijk verband aangenomen moet worden indien de werkgever heeft nagelaten de maatregelen te treffen die redelijkerwijs nodig zijn om te voorkomen dat de werknemer in de uitoefening van zijn werkzaamheden schade lijdt (...)"¹⁷⁸

Dit levert een zware bewijslast op, want het is achteraf vaak gemakkelijker om preventieve maatregelen te bedenken die in redelijkheid gevergd hadden

174 HR 9 januari 2009, JA 2009/58, LJV BF8875 (Landskroon/BAM).

175 HR 1 juli 1993, NJ 1993, 667, LJV ZC1032 (Nuts/Hofman), HR 26 januari 1996, NJ 1996, 607, LJV AD2476 ('Dicky Trading'); vgl. ook Akkermans 2002, p. 2.

176 Vgl. HR 21 juni 1974, NJ 1974, 453, LJV AC5463 (Windmill/Roelofsen), HR 17 november 1989, NJ 1990, 572, LJV AB9375 (De Kok/Jansen), HR 22 maart 1991, NJ 1991, 420, LJV ZC0181 (Roeffen/Thijssen), HR 25 juni 1993, NJ 1993, 686, LJV AC1907 (Cijssouw/De Schelde I), HR 9 juni 1995, NJ 1995, 630, LJV ZC1746 (Van de Luytgaarden/Schuurink), HR 20 september 1996, NJ 1997, 198, LJV ZC2142 (Pollemans/Hoondert), HR 6 december 1996, NJ 1997, 398, LJV ZC2219 (Fortes/Smits), HR 10 december 1999, NJ 2000, 211, LJV AA3837 (Fransen/Pasteurziekenhuis), HR 16 juni 2000, NJ 2000, 584, LJV AB0382 ('St. Willibrord'); vgl. ook Schadevergoeding (Boonekamp), art. 98, aantek. 13.1 sub b en Lindenbergh 2000a, p. 56-58.

177 HR 13 januari 1995, NJ 1997, 175, LJV ZC1611 (De Heel/Korver).

178 HR 17 november 2000, NJ 2001, 596, LJV AA8369 (Unilever/Dikmans).

kunnen worden van de werkgever, dan daaraan daadwerkelijk en voorafgaand aan het schadeveroorzakende incident te voldoen.

Indien echter niet van een dergelijke norm blijkt, draagt de werknemer bij betwisting van het causaal verband door de werkgever dan de volle bewijslast daarvan. In dit kader speelt de arbeidsomstandighedenwetgeving een belangrijke rol, omdat daaruit rechtstreeks en betrekkelijk gemakkelijk vindbare, erkende normen kunnen worden afgeleid.

In beginsel rust op de werknemer als eiser ook de bewijslast van de verwijtbare tekortkoming van de werkgever. Maar de Hoge Raad is hem hier vergaand tegemoet gekomen door te verklaren dat de in art. 7:658 BW besloten regels van stelplicht en bewijslast voor de werknemer weliswaar de plicht inhouden om te *stellen* dat de werkgever onvoldoende veiligheidsmaatregelen heeft getroffen waardoor de schade is ontstaan, maar dat deze stelplicht wegens de aard van de materie beperkt is.¹⁷⁹ De werknemer behoeft daarom nadrukkelijk niet de tekortkoming van de werkgever te bewijzen.¹⁸⁰ Hij kan op dit punt eenvoudig volstaan met de stelling dat de werkgever onvoldoende veiligheidsmaatregelen heeft genomen, als gevolg waarvan de schade zich heeft verwezenlijkt, of dat zijn werkzaamheden de kans op verwezenlijking van deze schade aanmerkelijk hebben verhoogd. Ook kan hij bijvoorbeeld aanvoeren dat zijn schade kan zijn veroorzaakt op een door een deskundige mogelijk geachte wijze en dat *dus* de werkplek niet zo veilig was ingericht als redelijkerwijs van de werkgever mocht worden verlangd, waarna het vervolgens aan de werkgever is om gemotiveerd het tegendeel te bewijzen.¹⁸¹ Vaak kan de werknemer ook eenvoudigweg niet anders dan relatief summier stellen bij gebrek aan de noodzakelijke en slechts voor de werkgever eenvoudig toegankelijke informatie.¹⁸²

179 Vgl. HR 24 november 1995, NJ 1996, 271, LJN ZC1888 (Rust/Bataafse Aanneming), HR 17 november 2000, NJ 2001, 596, LJN AA8369 (Unilever/Dikmans) en HR 8 juni 2001, NJ 2001, 433, LJN AB2019 (Zwolsche Algemeene/De Greef).

180 In de rechtspraktijk geven letselschadeadvocaten de verwijtbare tekortkoming van de werkgever toch graag 'handen en voeten'.

181 Vgl. HR 24 februari 1989, NJ 1989, 426, LJN ADO640 (Van Buren/Elektroschmelzwerk), HR 9 juni 1995, NJ 1995, 630, LJN ZC1746 (Van de Luytgaarden/Schuurink), HR 17 november 1995, NJ 1996, 144, LJN ZC2460 (Babayigit/NKF Kabel), HR 6 december 1996, NJ 1997, 398, LJN ZC2219 (Fortes/Smits) en HR 10 december 1999, NJ 2000, 211, LJN AA3837 (Fransen/Pasteurziekenhuis).

182 Vgl. HR 25 juni 1982, NJ 1983, 151, LJN AG4420 (Rijnberg/Speerstra) en HR 6 april 1990, NJ 1990, 573, LJN AB9376 (Janssen/Nefabas).

Indien de werknemer in deze relatief eenvoudige bewijslast is geslaagd, is de werkgever voor die schade aansprakelijk, tenzij hij tegenbewijs kan leveren.¹⁸³ Bij een arbeidsongeval is het voor de werknemer doorgaans niet moeilijk om bewijs te leveren dat zijn schade in de uitvoering van zijn werkzaamheden is geschied: een getuigenverklaring of een rapport van de Arbeidsinspectie kan daarvoor vaak volstaan. Een enkele keer gebeurt het echter dat de schade zich pas aanzienlijke tijd na een aanvankelijk triviaal ogend incident openbaart, zoals in het geval van rugklachten of dystrofie naar aanleiding van een arbeidsongeval. Wanneer de werknemer onder zodanige omstandigheden niet de moeite heeft genomen om het ongeval tijdig te melden aan de werkgever, kan de juridische consequentie hiervan zijn dat het de laatste in redelijkheid niet kan worden tegengeworpen dat hij in rechte onvoldoende inzicht verschaft over de precieze toedracht van het (beweerdelijke) ongeval of blootstelling. Dit komt dan voor risico van de werknemer, die er daarom verstandig aan doet om zijn werkgever tijdig, liefst schriftelijk, van een arbeidsongeval of een gevaarlijke blootstelling aan schadelijke stoffen op de hoogte te stellen indien deze niet redelijkerwijs zelf daarvan op de hoogte zou moeten zijn.¹⁸⁴

Bij beroepsziekten als gevolg van blootstelling aan voor de gezondheid schadelijke stoffen zit de stelplicht van de werknemer wat ingewikkelder in elkaar. Arbeidsongevallen en beroepsziekten verschillen wezenlijk van elkaar, zodat het niet verwonderlijk is dat het bewijsrecht, dat in essentie vanaf de eerste parlementaire geschiedenis geheel ontwikkeld is aan de hand van arbeidsongevallen, niet altijd goed aansluit bij de bijzondere aspecten van beroepsziekten. Zo zal een arbeidsongeval naar tijd, plaats en handeling doorgaans eenvoudig bepaalbaar zijn en ligt het causaal verband c.q. de relatie met het werk 'voor de hand'. Dit kan ook het geval bij acute verschijnselen van een beroepsziekte; maar bij chronische gezondheidsschade is het verband tussen de klachten en de werkzaamheden dikwijls veel moeilijker te leggen. Daar komt bij dat de behandelende arts van de werknemer onbekend kan zijn met de toxische effecten van bepaalde stoffen of arbeidsomstandigheden of zelfs dat deze eigenschappen überhaupt nog niet goed begrepen zijn in wetenschappelijke sferen. Het komt erop neer dat de werknemer die lijdt aan een beroepsziekte in belangrijke mate afhankelijk is van de juiste diagnose om

183 HR 23 juni 2006, NJ 2006, 354, LJN AW6166 (Havermans/Luyckx). Zie ook Charlier 2008b, p. 5 en 9.

184 HR 28 juni 2002, JOL 2002/389, LJN AE2175 (X/RAB). Idem Rb. Alkmaar 13 juli 2000, A & A november 2000, A-46, waarin het bestaan van een arbeidsongeval door de werkgever met succes werd betwist.

zelfs maar te kunnen beseffen dat er sprake kan zijn van een vordering jegens zijn werkgever, voordat hij aan zijn bewijslast toekomt.¹⁸⁵

Beroepsziekten kennen echter enige specifieke bewijsrechtelijke haken en ogen die geheel eigen zijn aan deze vorm van schade. Problemen van een praktische aard zijn bijvoorbeeld een lange latentieperiode na een schadelijke blootstelling aan een gevaarlijke stof, zoals asbest. Het tijdsverloop kan het leveren van het noodzakelijke bewijs dan danig bemoeilijken, bijvoorbeeld doordat voormalige collega's die een getuigenverklaring zouden kunnen afleggen over die blootstelling onvindbaar zijn of al zijn overleden. Ook kunnen de problemen van een meer juridische aard zijn, bijvoorbeeld wanneer de oorzaak van de gezondheidsklachten zowel mogelijk (mede) in de werksfeer als in de privésfeer kan worden gezocht, zoals bij RSI-klachten dikwijls door de werkgever wordt verweerd, of als omstandigheden in de privésfeer van de werknemer een mogelijk exegistisch effect hebben gehad op een op zichzelf mogelijk onschuldige blootstelling aan bepaalde stoffen op de werkvloer, zoals zich voordoet bij slachtoffers van longkanker die tijdens hun werkzaamheden werden blootgesteld aan asbeststof en daarnaast ook rookten.¹⁸⁶ Het bewijsrecht ten aanzien van dergelijke omstandigheden is nog niet uitgekristalliseerd.

De werknemer die ziek is geworden als gevolg van blootstelling aan voor de gezondheid gevaarlijke stoffen, kan niet volstaan met te stellen en zonodig aan te tonen dat hij gezondheidsschade heeft geleden in de uitoefening van zijn werkzaamheden. Ingevolge het arrest Unilever/Dikmans dient hij tevens te stellen en zonodig aannemelijk te maken "(...) 'dat hij lijdt aan een ziekte of aan gezondheidsklachten welke door die blootstelling *kunnen* zijn veroorzaakt.'¹⁸⁷ De enkele omstandigheid dat hij tijdens zijn werk *mogelijk* is blootgesteld aan dergelijke stoffen is daartoe niet voldoende.¹⁸⁸ Ten aanzien

¹⁸⁵ Verschoor & Verschoor 2009, p. 1 wijzen er in dit verband op dat er naar schatting jaarlijks in Nederland bijna tweeduizend dodelijke slachtoffers van toxische blootstelling op het werk zijn; en dat de morbiditeit als gevolg van toxische blootstelling nog aanzienlijk groter is. Met verwijzing naar Baars e.a. 2005. De discrepantie tussen dit aantal dodelijke slachtoffers en het aantal gerelateerde schadeclaims in de gepubliceerde jurisprudentie is opmerkelijk groot.

¹⁸⁶ Vgl. Waterman 2006a.

¹⁸⁷ Aldus HR 17 november 2000, NJ 2001, 596, LJN AA8369 (Unilever/Dikmans) met cursivering door mij. Zie ook HR 23 juni 2006, NJ 2006, 354, LJN AW6166 (Havermans/Luyckx), HR 16 mei 2008, JAR 2008/149, LJN BC7683 (Pekaar/Atofina) en in vergelijkbare zin Hof Den Haag 5 december 2003 en 18 augustus 2006, JA 2006/139, LJN AO3515 (Atofina/Pekaar), Hof Den Bosch 31 juli 2007, L & S 2007/180, LJN BB1552 (Leitz/De Louw) en Hof Den Bosch 1 april 2008, L & S 2008/171, LJN BC8292 (Soft Drink/Moonen).

¹⁸⁸ Bijvoorbeeld HR 26 januari 2001, NJ 2001, 597, LJN AA9666 (Weststrate/De Schelde) en Hof Den Haag 21 januari 2005, JAR 2005/97, LJN AS8586 (Köpke/Campen).

van zijn gezondheidsschade dient de werknemer in ieder geval gemotiveerd te stellen dat hij klachten heeft die in een oorzakelijke relatie staan met de werkzaamheden; hij behoeft dus niet een precieze diagnose over te leggen en evenmin de exacte toedracht van de blootstelling te bewijzen.¹⁸⁹ De Hoge Raad is hierin zeer duidelijk geweest door in het arrest Zwolsche Algemeene/De Greef aan te geven dat “geen al te hoge eisen aan het bewijs van het oorzakelijk verband tussen het ongeval en de gezondheidsklachten kunnen worden gesteld” en dat “het ontbreken van specifieke, medisch aantoonbare verklaring voor de klachten voor rekening komt van de veroorzaker van het ongeval”.¹⁹⁰ Dit geldt zelfs als de klachten van een vage aard zijn: “Het feit dat het gaat om klachten die niet te herleiden zijn tot medisch vaststelbare afwijkingen, komt – zij het tot op zekere hoogte – voor rekening van de schadeveroorzaker. Wanneer het gaat om stoornissen blijft het niet beperkt tot objectiveerbare stoornissen in de zin van medisch waarneembare beschadigingen, afwijkingen en gebreken, maar ook telt het bestaan van subjectieve klachten mee.”

Een vergelijkbare soepelheid in de uitleg van de bewijsregels betreffende het aantonen van causaal verband wordt ook aangelegd ten behoeve van de gelaedeerde werknemer wanneer er onduidelijkheden bestaan over de feitelijke toedracht van een ongeval op de werkplek.¹⁹¹

Het feit dat de werkgever moet stellen en bewijzen aan welke voorzorgsmaatregelen hij heeft voldaan (‘mededelingsplicht’), impliceert dat hij de precieze toedracht van het ongeval moet weergeven waar zijn verplichtingen betrekking op hebben.¹⁹² In het licht van deze slachtoffervriendelijke en beschermende benadering kan het geen verbazing wekken dat onzekerheid over de toedracht geheel voor het bewijsrisico van de werkgever komt omdat, in de woorden van de Hoge Raad, “niet van de werknemer kan worden verlangd dat hij ook aantoont hoe het ongeval zich heeft toegedragen of wat de oorzaak daarvan is.”¹⁹³ Ook overigens is dit niet onlogisch, gezien de omstandigheid

189 Bijvoorbeeld door een rapport van de Arbeidsinspectie of een diagnose van de beroepsarts, behandelend arts of een arts van het Nederlands Centrum voor Beroepsziekten.

190 HR 8 juni 2001, NJ 2001, 433, LJN AB2019 (Zwolsche Algemeene/De Greef). In vergelijkbare zin Ktr. Assen 14 september 2006, JA 2006/140, LJN AY8269 (‘Causaliteitsvraag’), Ktr. Nijmegen 30 juni 2006, JA 2006/126, LJN AY3818 (X/Schildersbedrijf), Ktr. Leeuwarden 11 augustus 2006, JA 2006/125, LJN AY6472 (Kooitje/Zandleven).

191 Zie Bolt & Spier 1996, p. 98.

192 Vgl. HR 6 april 1990, NJ 1990, 573, LJN AB9376 (Janssen/Nefabas); ook wel ‘sfeercriterium’ geheten, omdat de werkgever moet aantonen wat zich in zijn specifieke ‘sfeer’ heeft voorgedaan.

193 Vgl. HR 17 november 1995, NJ 1996, 144, LJN ZC2460 (Babayigit/NKF Kabel), HR 5 juni 1998, NJ 1998, 817, LJN ZC2662 (St. Beroepsonderwijs N./B.), HR 4 mei 2001, NJ 2001, 377, LJN AB1430 (Bloemsma/Hattuma), HR 29 juni 2001, NJ 2001, 476, LJN AB2342 (Industromontaza/Banfic) en Hof Leeuwarden 14 mei 2008, JA 2008/104, LJN BD2318 (X/Dactylo).

dat de werkgever zeggenschap heeft over de werkplek en dus beter dan de werknemer geacht mag worden te weten wat zich daar heeft voorgedaan.

Zo geldt in het geval van een onzekere toedracht van een arbeidsongeval als uitgangspunt dat de werkgever het bewijsrisico draagt ten aanzien van die toedracht, mits reeds vaststaat dat de schade is ontstaan in de uitoefening van de werkzaamheden.¹⁹⁴ De werknemer kan dan volstaan met te stellen dat het ongeval kan zijn ontstaan op een door een deskundige mogelijk geachte wijze en dat de werkplek *dus* niet de veiligheid had die in redelijkheid mocht worden verlangd. Hierna is het aan de werkgever om het tegendeel te bewijzen. Maar vaak is dit een kwestie van ‘quod est demonstrandum’: het enkele feit *dat* iemand van een steiger of in een kelderluik kon vallen, geeft al gauw aan dat er sprake was van een onveilige situatie. Deze bewijsregel wordt heel aardig geïllustreerd in het arrest Fransen/St. Pasteurziekenhuis, waarin verpleegster Fransen uitgleed over de vloer van het ziekenhuis en haar heup brak.¹⁹⁵ De aanleiding voor dit incident was vermoedelijk dat zij op een gevallen injectienaald had gestapt. Er werd echter geen naald op de vloer gevonden, zodat het bleef bij speculatie over wat de oorzaak van haar val kon zijn geweest. Dit deed echter niets af aan de aansprakelijkheid van de werkgever. De Hoge Raad stelde expliciet:

“Nu [eiseres] de schade heeft geleden in de uitoefening van haar werkzaamheden, brengt het bepaalde in art. 7:658 lid 2 mee dat [...] het ziekenhuis aansprakelijk is voor de door [eiseres] ten gevolge van haar val geleden schade, tenzij het aantoont dat het de in lid 1 van dat artikel genoemde verplichtingen is nagekomen of dat de schade in belangrijke mate het gevolg is van opzet of bewuste roekeloosheid van [eiseres]. Hiervoor behoeft niet vast te staan aan welke oorzaak het ongeval van [eiseres] te wijten is.

Vgl. ook Rb. Alkmaar 20 april 2000, Prg. 2000, 5502, LJN AJ0090 (Prima Bella/Kamerling) waarin de enkele verklaring van een schoonmaakster dat zij over haar eigen dweisel was uitgleden en daardoor ernstig verwond was geraakt, voldoende was voor de rechter om aansprakelijkheid van haar werkgever aan te nemen; verdere gegevens over de oorzaak van het ongeval waren niet bekend en konden dan ook niet behoorlijk door de werkgever worden weersproken, waardoor de onbekende oorzaak in zijn nadeel werd uitgelegd.

194 Vgl. HR 24 februari 1989, NJ 1989, 426, LJN ADO640 (Van Buren/Elektroschmelzwerk), HR 9 juni 1995, NJ 1995, 630, LJN ZC1746 (Van de Luytgaarden/Schuurink), HR 17 november 1995, NJ 1996, 144, LJN ZC2460 (Babayigit/NKF), HR 6 december 1996, NJ 1997, 398, LJN ZC2219 (Fortes/Smits), HR 4 mei 2001, NJ 2001, 377, LJN AB1430 (Bloemsma/Hattuma), Hof Leeuwarden 14 mei 2008, JAR 2008/165, LJN BD2318 (Koperly/Dactylo) en Ktr. Utrecht 23 juni 2009, LJN BJ3477 (X/International).

195 HR 3 december 1999, NJ 2000, 211, LJN AA3837 (Fransen/St. Pasteurziekenhuis).

Die oorzaak is wel in zoverre van belang, dat het ziekenhuis zal kunnen volstaan met aan te tonen hetzij dat het heeft voldaan aan alle verplichtingen die ingevolge lid 1 op hem rustten teneinde een ongeval zoals dat aan [eiseres] is overkomen, te voorkomen, hetzij dat nakoming van die verplichtingen het ongeval niet zou hebben voorkomen.”

De voorgaande alinea biedt een effectief verweer van de werkgever: de mogelijkheid dat, indien hij zijn zorgplicht tot in de puntjes zou hebben nageleefd, het ongeval of de beroepsziekte evengoed zou zijn ontstaan. Daarmee vervalt zowel het causale als het verwijtbare aspect van zijn tekortkoming. In de rechtspraak is deze verweermogelijkheid echter zelden succesvol. Er is welhaast altijd wel een maatregel of instructie te bedenken, die in redelijkheid van de werkgever had kunnen worden gevergd en die de schade mogelijk had kunnen voorkomen of beperken.

Een aparte vorm van onduidelijkheid over de feitelijke toedracht en het daarmee samenhangende causaal verband tussen de uitvoering van de werkzaamheden en de door de werknemer gestelde schade betreft de blootstelling aan asbest bij meerdere werkgevers, hetzij gelijktijdig, hetzij opvolgend. Een bijzonder aspect van asbestgerelateerde ziekten bij blootstelling bij meerdere werkgevers aan asbest is namelijk dat niet (medisch) kan worden vastgesteld welke blootstelling tot de verwezenlijking van de ziekte heeft geleid en daarmee dus ook niet kan worden bewezen, welke werkgever aansprakelijk is voor het ontstaan van de schade. Het verweer van de werkgever dat de asbestziekte mogelijk kan zijn veroorzaakt door de blootstelling aan asbest bij een andere werkgever kan hem echter niet baten wanneer vaststaat dat hij zelf op dit punt in gebreke is geweest. In overeenstemming met de art. 6:99 en 6:166 BW heeft de Hoge Raad in het DES-arrest¹⁹⁶ duidelijk laten blijken dat onder dergelijke omstandigheden de aansprakelijk gestelde partij zelf hoofdelijk moet instaan voor de schade die het gevolg is van een gebeurtenis waarvoor hij aansprakelijk is, zelfs al zou de schade het gevolg *kunnen* zijn van twee of meer gebeurtenissen waarvoor andere partijen aansprakelijk zijn.¹⁹⁷ Het is derhalve aan de dader (hier: de werkgever) om te bewijzen dat de schade *niet* het gevolg is van een gebeurtenis waarvoor hij aansprakelijk is en hij draagt het bewijsrisico indien hij hier niet in slaagt. Van Dunné heeft de rechtvaardiging voor deze leer van alternatieve aansprakelijkheid treffend verwoord: “Onduidelijkheid over de schadetoedracht mag niet in het voordeel

¹⁹⁶ HR 9 oktober 1992, NJ 1994, 535, LJN ZC0706 (‘DES-dochters’), doorgezet in HR 17 januari 1997, NJ 1997, 230, LJN ZC2247 (Moerman/Bakker) en HR 31 januari 2003, NJ 2003, 346, LJN AF 1301 (Drewel/AMEV).

¹⁹⁷ Vgl. Waterman 2003a, zie met name par. 8.

werken van een dader die in elk geval schade heeft veroorzaakt (deelschade), en waarbij niet uitgesloten is de kans dat hij de gehele schade teweeggebracht heeft.”¹⁹⁸

Het is echter een misvatting dat de werknemer *eerst* een functioneel verband tussen zijn schade en de werkzaamheden zou moeten bewijzen voordat de werkgever ‘aan zet’ is. De Hoge Raad laat daarover in het arrest Unilever/Dikmans geen misverstand bestaan:

“Dit oordeel miskent immers dat, wanneer een werknemer bij zijn werkgever is blootgesteld aan de voor de gezondheid gevaarlijke stoffen, het door de werknemer te bewijzen oorzakelijk verband *aangenomen moet worden* indien de werkgever heeft nagelaten de maatregelen te treffen die noodzakelijk zijn om te voorkomen dat de werknemer in de uitoefening van zijn functie schade lijdt, en dat (...) *reeds thans* op Unilever de plicht rust nader aan te geven of en zo ja welke maatregelen zij in dit verband heeft getroffen.”¹⁹⁹

De genoemde bewijsplicht van de werkgever is van een uitvoerige en intensieve aard. De werkgever dient *gelijktijdig* met de stelplicht van de werknemer, in overeenstemming met de beschermingsgedachte, bewijs te leveren dat hij aan zijn zorgplicht jegens de werknemer heeft voldaan en welke maatregelen hij in dit opzicht heeft getroffen. Asser wijst er in zijn noot bij het Unilever/Dikmans-arrest op dat deze wederzijds simultane bewijslast noodzakelijk is om de rechter in de gelegenheid te stellen de eventuele nalatigheid van de werkgever en daarmee ook een causaal verband tussen deze nalatigheid en de schade vast te kunnen stellen. Dit voorkomt dat de rechtszaak al in een vroeg stadium zou stranden op de onderbouwing van de vordering, zonder zelfs de zorgplicht van de werkgever daarin te kunnen betrekken.

Ik merk op dat, hoewel de casus van het Unilever/Dikmans-arrest “voor de gezondheid gevaarlijke stoffen” betreft, de redenering achter deze regel van bewijslastverdeling ook algemeen toepasselijk voorkomt ten aanzien van arbeidsongevallen en beroepsziekten die een andere oorzaak hebben dan gevaarlijke stoffen, zoals RSI en rugklachten. Uit niets in deze uitspraak kan worden afgeleid, dat de Hoge Raad deze redenering *slechts* op voor de gezondheid schadelijke stoffen toepasselijk acht of daartoe wenst te beperken. Dit is van wezenlijk belang voor de rechtspraktijk, omdat het moment waarop een stelling (niet) geponeerd wordt, een rechtszaak kan maken of breken.²⁰⁰

¹⁹⁸ Van Dunné 2003, p. 765-776.

¹⁹⁹ Vgl. HR 17 november 2000, NJ 2001, 596, LJN AA8369 (Unilever/Dikmans); cursivering van mij.

²⁰⁰ In vergelijkbare zin Alt, hoewel deze zich beperkt tot beroepsziekten, zie Alt 2004, p. 34.

Aan het door de werkgever te leveren bewijs dat hij aan zijn zorgplicht heeft voldaan, moeten zware eisen worden gesteld. Zo dient hij op grond van zijn verplichting als goed werkgever (art. 7:611 BW) die omstandigheden aan te geven die meer in zijn sfeer liggen dan in die van de werknemer. Dit geldt bij uitstek voor de toedracht van de schadeveroorzakende gebeurtenis. De werkgever moet immers geacht worden beter te zijn geïnformeerd dan de werknemer, zodat het onredelijk zou zijn om van de werknemer te vergen dat hij veel moeite moet doen om (wetenschappelijke of feitelijke) informatie te verkrijgen, waarover de werkgever aannemelijk reeds beschikt – of dat behoort te doen.²⁰¹ Zo moet de werkgever kunnen aangeven op welke wijze hij zich van zijn onderzoeksplicht heeft gekweten dan wel waarom een dergelijk onderzoek of het nemen van de daaruit voortvloeiende voorzieningen redelijkerwijs niet van hem kon worden verlangd.²⁰² Tevens moet hij zodanige mededelingen doen omtrent het ontstaan van de schade dat daaruit met een redelijke mate van zekerheid kan worden opgemaakt dat deze niet het gevolg is van een gebrek aan voldoende veiligheidsmaatregelen ter voorkoming van schade als welke door de werknemer is geleden. Daarnaast zal het ook op het pad van de werkgever liggen om aan te geven welke veiligheidsmaatregelen door soortgelijke bedrijven als het zijne in dezelfde periode gebruikelijk zijn aangewend om de gezondheid van de werknemer te beschermen. Hiermee is echter nog niet gezegd, dat de ‘geldende’ norm van het aanwezig zijn (van) dan wel het ontbreken van kennis of maatregelen bij andere werkgevers mag worden aangemerkt als de ‘geldige’ norm bij de werkgever in kwestie. Andersom staat het enkele feit dat de werkgever strengere veiligheidsmaatregelen hanteert dan bij vergelijkbare bedrijven gebruikelijk is, niet in de weg aan het rechterlijke oordeel dat de werkgever in de door hem te treffen veiligheidsmaatregelen te kort is geschoten.²⁰³

Indien er relevante wettelijke regels of veiligheidsnormen zijn die met de veiligheid van de werkplek samenhangen, dient de werkgever aan te geven welke regels dit zijn en in welke mate zij al dan niet zijn nageleefd. Anders gezegd: van een werkgever die op grond van art. 7:658 lid 2 BW door een werknemer wordt aangesproken, mag worden verlangd dat hij in het algemeen die omstandigheden aangeeft die meer in zijn sfeer liggen dan in die van de werknemer. Zoals al eerder vermeld, kunnen dit ook ongeschreven normen

²⁰¹ Vgl. HR 25 juni 1982, NJ 1983, 151, LJN AG4420 (Rijnberg/Speerstra), HR 24 februari 1989, NJ 1989, 426, LJN ADO640 (Van Buren/Elektroschmelzwerk), HR 6 april 1990, NJ 1990, 573, LJN AB9376 (Janssen/Nefabas), HR 25 juni 1993, NJ 1993, 686, LJN AC1907 (Cijssouw/De Schelde I), HR 1 juli 1993, NJ 1993, 687, LJN ZC1027 (Power/Ardross) en HR 24 november 1995, NJ 1996, 271, LJN ZC1888 (Rust/Bataafse Aanneming).

²⁰² HR 6 april 1990, NJ 1990, 573, LJN AB9376 (Janssen/Nefabas).

²⁰³ HR 6 april 1990, NJ 1990, 573, LJN AB9376 (Janssen/Nefabas), herhaald in HR 2 oktober 1998, NJ 1999, 682, LJN ZC2720 (De Schelde/Wijkhuizen).

betreffen die kunnen worden afgeleid uit de concrete omstandigheden van het geval.²⁰⁴ Indien de werknemer heeft gesteld dat een dergelijke regel of norm is overtreden, moet de werkgever zijn ontkenning van die overtreding motiveren door concrete feiten en omstandigheden te noemen die aantonen dat hij wel degelijk aan zijn wettelijke verplichtingen heeft voldaan en op welke wijze dat is geschied.²⁰⁵

Over het geheel bezien, neemt de jurisprudentie betreffende de stelplicht en bewijslast in arbeidsongevallen en beroepsziekten de gelaedeerde werknemer vergaand in bescherming. Het hanteren van de omkeringregel zodra een verkeer- of veiligheidsnorm geschonden is, draagt in belangrijke mate hiertoe bij. Maar gaat het hier werkelijk erom de schade te plaatsen bij de aansprakelijke partij? A-G Asser laat in het Cijssouw/De Schelde I-arrest doorschemeren dat er ook een ander belang meespeelt:

“Welnu, indien komt vast te staan dat een verkeers-of veiligheidsnorm is geschonden, dat daardoor letselschade is veroorzaakt en dat aan de handelende persoon van dit handelen een verwijt kan worden gemaakt, is in beginsel niet van belang of de schade die is ontstaan of de wijze waarop zij is ontstaan voorzienbaar was voor de dader.”

Dit suggereert dat er ook een ander belang meespeelt dat zwaarder weegt dan de verwijtbaarheid van de werkgever. Het lijkt er veel op dat dit ‘ulterior motif’ gezocht moet worden in de sfeer van het compensatiebelang van de werknemer. Dit staat echter op gespannen voet met het beginsel ‘eenieder draagt zijn eigen schade, tenzij...’ Het zou wel betekenen dat de beschermingsgedachte die uitgaat van de stelplicht en bewijslastverdeling zich ook uitstrekt tot de schadevergoeding. Ik kom hier nader op terug in hoofdstuk 6, met name paragrafen 2.3.1 en 2.3.2.

4.3 Ongevalsrapportage

Ongevalsrapportages kunnen van groot belang zijn in de juridische nasleep van een arbeidsongeval of een beroepsziekte. Hiervoor zijn verschillende redenen.

204 Vgl. HR 5 november 2004, NJ 2005, 215, LJN AP1463 (Lozerhof/Van Duyvenbode), A-G Spier in zijn commentaar voor HR 2 maart 2007, NJ 2007, 143, LJN AZ5834 (Perez/Casa Grande) en HR 27 april 2007, NJ 2008, 462, LJN AZ6717 (Kalai/Petit).

205 Klaassen 2001, p. 26.

Ten eerste is er het preventieve aspect: de werkgever behoort aan de hand van de bevindingen van een dergelijk rapport te inventariseren hoe de schade is veroorzaakt en welke veiligheidsmaatregelen hij moet nemen om een herhaling van de schadeveroorzakende gebeurtenis te voorkomen. Dit motief vormt ook de grondslag voor de verplichting²⁰⁶ van de werkgever om arbeidsongevallen met ernstig lichamelijk letsel, geestelijk letsel of overlijden en beroepsziekten te melden aan de Arbeidsinspectie.²⁰⁷

Ten tweede zijn er ook twee bewijsrechtelijke aspecten aan het rapport verbonden: het rapport is in de praktijk van groot belang om helder te krijgen wat de feitelijke toedracht van een arbeidsongeval is geweest en om aan te tonen of de werkgever al dan niet is tekortgeschoten in de nakoming van zijn zorgplicht jegens de werknemer. Zo kan het ongevalrapport bij uitstek een geschikt middel zijn om te bewijzen dat er (g)een causaal verband bestaat tussen de schade en de uitoefening van de werkzaamheden. Hoe voortvarender, deskundiger en vollediger het rapport is opgesteld, hoe meer gewicht daaraan kan worden toegekend; het omgekeerde gaat ook op.²⁰⁸

Voorafgaand aan de invoering van art. 7:658 BW per 1 april 1997 was de werkgever op grond van jurisprudentie over het bewijsrecht verplicht om, ter betwisting van de stelling van de werknemer dat hij tekortgeschoten was in zijn zorgplicht jegens de werknemer, aan de hand van een ongevalrapport aan te tonen dat hij zijn zorgplicht wel degelijk had nageleefd.²⁰⁹ In dit rapport diende de toedracht van het ongeval op zo'n manier te zijn vastgelegd dat daaruit met een redelijke mate van zekerheid kon worden opgemaakt of en in hoeverre het ongeval het gevolg was geweest van onvoldoende maatregelen ter voorkoming van het betreffende ongeval. Indien de werkgever niet een dergelijk rapport kon overleggen of indien niet daaruit bleek dat hij zijn zorgplicht

206 Deze plicht vloeide reeds eerder voort uit de artt. 7A:1638x juncto 1638z oud-BW.

207 Art. 9 Arbeidsomstandighedenwet; art. 24 lid 4 biedt de Arbeidsinspectie de mogelijkheid om een onderzoek in te stellen en haar bevindingen in een proces-verbaal op te stellen. Het enkele feit dat de Arbeidsinspectie na een ongeval niet onmiddellijk daarvan door de werkgever in kennis is gesteld, brengt op zichzelf nog niet mee dat de werkgever niet heeft voldaan aan zijn stelplicht omtrent het naleven van zijn zorgplicht jegens de werknemer; vgl. Ktr. Zwolle 8 augustus 2006, LJN AY7850 ('Bandschuurmachine').

208 Vgl. HR 29 juni 2001, NJ 2001, 476, LJN AB2342 (Industromontaza/Banfic). Het rapport kan bijvoorbeeld onderbouwd worden met getuigen- en deskundigenverklaringen, tekeningen en plattegronden, foto's, een reconstructie van het ongeval, etc. Zie ook Rb. Maastricht 21 november 2008, LJN BG6536 (X/Korpsbeheerder Limburg Zuid).

209 Voortbouwend op HR 1 juli 1993, NJ 1993, 687, LJN ZC1027 (Power/Ardross): HR 5 juni 1998, NJ 1998, 817, LJN ZC2662 (St. Beroepsonderwijs N./B.). In de volgende arresten herhaalt de Hoge Raad met nadruk het belang van een ongevalrapport: HR 8 april 1997, NJ 1997, 510, LJN ZC2347 (Hilligeherken/CVO), HR 17 oktober 1997, NJ 1998, 241 (Bhoelai/Buttner) en HR 18 september 1998, NJ 1999, 45, LJN ZC2706 (Van Doorn/NBM).

had nageleefd, dan was zijn aansprakelijkheid jegens de werknemer daarmee gegeven. Ook dit was een uiting van de vergaande beschermingsgedachte waarvan het werkgeversaansprakelijkheidsrecht is vervuld.

De invoering van art. 7:658 BW heeft hierin verandering gebracht door de formele bewijslast over de nakoming van de zorgplicht direct op de schouders van de werkgever te plaatsen. Hierdoor heeft de op art. 7A:1638x oud-BW gebaseerde jurisprudentie over ongevalrapportages weliswaar haar dwingende karakter verloren, maar heeft zij qua inhoudelijke betekenis nog weinig prijsgegeven.

In een drietal arresten heeft de Hoge Raad bepaald dat, nu art. 7:658 BW strikt gesproken de werkgever niet verplicht om een ongevalrapportage op te stellen, hij de naleving van zijn zorgplicht met alle voorkomende middelen mag aantonen. Dat betekent dat de afwezigheid van een ongevalrapport op zichzelf niet onmiddellijk tot de conclusie kan leiden dat hij niet aan de op hem rustende stelplicht en bewijslast heeft voldaan.²¹⁰ Hieraan doet natuurlijk niet af dat het ontbreken van een (deugdelijk) ongevalrapport over de feitelijke en juridische toedracht van het ongeval de juridische positie van de werkgever aanmerkelijk verzwakt, nu juist hij daarvan de volle bewijslast draagt en de Arbeidsomstandighedenwet verplicht tot een ongevalrapport in geval van een ernstig ongeval. Een en ander geldt evenzeer ten aanzien van het ontbreken van een (geactualiseerde) risico-inventarisatie en -evaluatie (RI&E).²¹¹

Kortom, in de praktijk zal het de werkgever, gezien de vergaande aard van de op hem rustende stelplicht en bewijslast, moeilijk vallen om zonder een ongevalrapport aan te tonen dat hij niet is tekortgeschoten – wat voor hem tot voor de hand liggende zware consequenties zal leiden.²¹² De rechter zal dan bij gebrek aan adequaat bewijs van de werkgever over de invulling van zijn zorgplicht snel aannemen dat er causaal verband bestaat tussen een (kennelijk) ontbrekend dan wel onvoldoende veiligheidsmaatregel en de schade van de werknemer.

²¹⁰ HR 15 december 2000, NJ 2001, 252, LJN AA9051 (Van Merksteijn/Öztürk); zie ook r.o. 2.7 in de conclusie van A-G Wesseling-van Gent in HR 4 mei 2001, NJ 2001, 377, LJN AB1430 (Bloemsma/Hattuma) en HR 18 januari 2002, NJ 2002, 147, LJN AD4923 (Albert Heijn/Van Bortel).

²¹¹ HR 10 december 1999, NJ 2000, 211, LJN AA3837 (Fransen/Pasteurziekenhuis), HR 16 mei 2003, NJ 2004, 176, LJN AF 7000 (Dusarduyn/Du Puy) en HR 12 september 2003, NJ 2004, 177, LJN AF8254 ('Koffievlak').

²¹² Vgl. Lindenbergh 2001, p. 19.

5 Schade

5.1 *Schadevergoeding: alles of niets*

De invloed van eigen schuld van de werknemer op de schadevergoedingsplicht van de werkgever was al ten tijde van de parlementaire totstandkoming van art. 7A:1638x oud-BW (nu art. 7:658 BW) een heet hangijzer. In zijn wetsvoorstel had Drucker bedoeld met de term ‘in belangrijke mate grove schuld’ tot uitdrukking te brengen dat de schuld van de werknemer de verplichting van de werkgever ex lid 1 geheel of gedeeltelijk kon opheffen.²¹³ Hij veronderstelde echter dat dergelijke ‘dolle sprongen’ niet dikwijls van de rechterlijke macht behoeften te worden verwacht.²¹⁴ Maar de Eerste Kamer legde zijn wetsvoorstel anders uit: “‘Alles of niets’, iets anders is er niet uit op te maken.”²¹⁵ De regering en rechterlijke macht meenden dat de waarheid in het midden lag, in die zin dat de mate van eigen schuld van de werknemer tot uiting mocht komen in de hoogte van zijn schadevergoeding.²¹⁶

In de juridische literatuur groeiden de stemmen die op grond van een letterlijke interpretatie van art. 7A:1638x oud-BW een volledige schadevergoeding (behoudens grove schuld) voor de werknemer verlangden.²¹⁷ In 1987 sloot de Hoge Raad zich aan bij de Eerste Kamer en de juridische stemmingvorming door te stellen dat: “(...) eigen schuld van de benadeelde de aansprakelijkheid van degeen die de schade heeft veroorzaakt niet opheft, tenzij de eigen schuld zo ernstig is, dat gezien de aan de aangesproken partij verweten tekortkoming diens schuld daartegenover in het niet valt.” Hiermee werd het ‘alles of niets’-beginsel aanvaard in overeenstemming met de fundamentele beschermingsgedachte van art. 7A:1638x oud-BW.²¹⁸ Deze ‘billijkheidscorrectie’ vormt een bijzondere uitzondering op de hoofdregel van het algemene verbintenissenrecht (art. 6:101 BW).²¹⁹

Dit beginsel is overgenomen door de wetgever tijdens de herziening van het Burgerlijk Wetboek: “Gelet op de omstandigheid dat de schade binnen een

²¹³ Bles 1909, p. 293.

²¹⁴ Handelingen TK, 1905-1906, p. 1855; idem Bles 1909, p. 308.

²¹⁵ Bles 1909, p. 319-320.

²¹⁶ HR 4 februari 1916, W. 9949 (IJzeren Spoorwegmaatschappij/Morré), Rb. Haarlem 4 mei 1982, NJ 1982, 396 (Stalen Steiger/Steen), Bles 1909, p. 321, Molenaar 1957, p. 100.

²¹⁷ Van der Grinten 1966, p. 64, Engelhard & Verheyden 1934, p. 201.

²¹⁸ HR 9 januari 1987, NJ 1987, 948, LJN AG5504 (Sweegers/Van den Hout), bevestigd in HR 9 november 2001, NJ 2002, 79, LJN AD3985 (Doesburg/Tan); een vergelijkbare norm voor ambtenaren is geformuleerd in CRvB 25 oktober 2001, NJB 2002, p. 142 (A/Staatssecretaris van Defensie).

²¹⁹ Bolt & Spier 1996, p. 103 en Roelvink 1993, nr. 4.

dienstverband wordt opgelopen en het de werkgever is die in eerste instantie de arbeidsomstandigheden bepaalt, is het billijk de schuld van de werknemer, die niet bestaat in opzet of bewuste roekeloosheid, voor rekening van de werkgever te laten komen.”²²⁰

Kortom: de schadevergoeding voor een arbeidsongeval of beroepsziekte is een kwestie van ‘alles of niets’. Dit geldt nog onverkort voor arbeidsongevallen. Ten aanzien van beroepsziekten lijkt de rechterlijke macht echter onder omstandigheden een afwijkende koers te zijn ingeslagen, waarvoor zij verwezen naar de hiernavolgende paragraaf 5.3.

5.2 *Immateriële schade*

Immateriële schade betreft “pijn, verdriet en gederfde levensvreugde om personenschade voorzover die niet het vermogen maar het welzijn van het slachtoffer raakt.”²²¹ De Hoge Raad heeft reeds, zij het in voorzichtige termen, aangegeven dat wie conform art. 6:106 sub b BW “in zijn persoon is aangetast”, recht heeft op vergoeding van deze immateriële schade.²²² In tegenstelling tot de ons omringende landen wordt de aantasting van de menselijke waardigheid (bijvoorbeeld het in coma verkeren) niet als een vorm van immateriële schade aanvaard; hoewel dit toch en zelfs bij uitstek een aantasting van de persoon vormt.²²³

De vraag die juristen boeit, is: *wanneer* is men “in zijn persoon aangetast”? Wat is daarvoor nodig? Algemeen wordt aangenomen, dat hiervoor sprake moet zijn van leed – de reeds eerder genoemde pijn, verdriet en gederfde levensvreugde – waarvan het slachtoffer zich bewust is. Wanneer dergelijk leed aanwezig is, is dat doorgaans zo evident dat het bestaan daarvan zelden een kwestie van geschil vormt. Hetzelfde kan dikwijls niet worden gezegd voor de omvang van de schade en de mate waarin die zou moeten worden vergoed.

De vergoeding voor immateriële schade – populair bekend als smartengeld – wordt begroot en vergoed naar billijkheid.²²⁴ Hierbij spelen factoren als bijvoorbeeld de aard van het letsel, de duur en intensiteit van het verdriet en

²²⁰ TK 1993-1994, nr. 23 438, nr. 3, p. 40.

²²¹ Lindenbergh 1998b, p. 1.

²²² Vgl. m.n. r.o. 5 in HR 13 januari 1995, NJ 1997, 366, LJN ZC1608 (Ontvanger/Bos), HR 1 november 1996, NJ 1997, 134, LJN ZC2185 (Blaauwbroek/Van Loon), HR 21 februari 1997, NJ 1999, 145, LJN ZC2286 (O./B.), HR 2 mei 1997, NJ 1997, 662, LJN ZC2356 (Kip en Sloetjes/Rabobank) en HR 27 februari 1987, NJ 1987, 584, LJN AG5547 (Van der Peijl/Erasmuscollege).

²²³ HR 20 september 2002, NJ 2004, 112, LJN AE2149 (‘Coma’).

²²⁴ Art. 6:106 BW.

de gederfde levensvreugde, de leeftijd van het slachtoffer, de aard van zijn beroep, de ernst van het ongeval, de aard en duur van de behandeling, de resterende arbeidsongeschiktheid c.q. invaliditeit, ontsieringen, verminderde carrière- en huwelijkskansen en verminderde mogelijkheden tot het beoefenen van sporten en hobby's een belangrijke rol. In de praktijk wordt ter vaststelling van de hoogte van het smartengeld aansluiting gezocht bij andere gevallen van letsel dat, alle omstandigheden in aanmerking genomen, zo veel mogelijk daarmee overeen komt.²²⁵

5.3 *Proportionele aansprakelijkheid*

Een typisch aspect van het moderne arbeidsleven betreft de in toenemende mate verwevenheid van de werksfeer en de privésfeer. Dit brengt zijn eigen juridische moeilijkheden met zich, zoals een onduidelijk causaal verband tussen een (beroeps-)ziekte waarvan niet duidelijk is in welke sfeer de oorzaak daarvan moet worden gezocht.

Stel: een aan longkanker lijdende werknemer is tussen 1964 en 1979 door zijn werkgever verwijtbaar blootgesteld aan grote hoeveelheden asbest. Ook heeft hij bijna drie decennia lang sigaretten gerookt. Is de longkanker hier een beroepsziekte of niet? Beide oorzaken kunnen zowel ieder apart als samen de ziekte hebben veroorzaakt, terwijl ook nog andere oorzaken als slechte genen of de windligging ten opzichte van een industriegebied denkbaar zijn. De oorzaak van de longkanker kan niet feitelijk worden vastgesteld, maar een deskundige schat de kans dat deze door asbest is veroorzaakt op 55%. Toepassing van het 'alles of niets'-beginsel ligt hier moeilijk: het wordt algemeen als onredelijk ervaren om de werkgever volledig aansprakelijk te achten voor schade vanwege longkanker die geheel kan zijn veroorzaakt door roken en evenzeer onbillijk jegens de doodzieke werknemer om hem met lege handen naar huis te sturen terwijl vaststaat dat zijn ziekte heel goed mogelijk door zijn schadelijke arbeidsomstandigheden kan zijn veroorzaakt. Hoe gaat het werkgeversaansprakelijkheidsrecht om met zo'n dilemma?

In 2006 heeft de Hoge Raad in het arrest Nefalit/Karamus antwoord gegeven op deze vraag, die betrekking had op de bovengeschetste casus:

²²⁵ De gerubriceerde uitspraken in de driejaarlijkse bundel 'Smartengeld' van de ANWB zijn hiertoe het meest gangbaar. Vanuit een meer rechtstheoretisch en rechtsvergelijkend perspectief kunnen ook de werken van Lindenbergh 1998b en 2008 hier goede diensten bewijzen. De Hoge Raad heeft de praktijk van vergelijking van 'Smartengeldnummers' erkend in HR 8 juli 1992 NJ 1992, 714, LJN ZC0665 (AMC/O.) en HR 17 november 2001, NJ 2001, 215 (Druijff/Bouw).

“Onder zodanige omstandigheden ligt het in het algemeen voor de hand - zoals ook in dit geding is geschied - dat de rechter een deskundige benoemt om zich te laten voorlichten over de grootte van de kans dat de gezondheidsschade van de werknemer is veroorzaakt in de uitoefening van zijn werkzaamheden door een toerekenbare tekortkoming van de werkgever. Indien vervolgens moet worden geoordeeld dat die kans zeer klein is, zal het in het algemeen voor de hand liggen dat de rechter de vordering afwijst en indien die kans zeer groot is, dat hij haar toewijst. Ten aanzien van de tussen die beide uitersten gelegen gevallen is het echter in het algemeen, mede gelet op de strekking van de onderhavige norm - het voorkomen van gezondheidsschade bij de werknemer - en de aard van de normschending als hiervoor aangeduid, uit overwegingen van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar de onzekerheid over de mate waarin de tekortkoming van de werkgever heeft bijgedragen tot de schade van de werknemer, in zijn geheel op de werknemer af te wentelen. Eveneens onaanvaardbaar, maar nu tegenover de werkgever, ook al is deze tegenover de werknemer tekortgeschoten in zijn zorgplicht, is het echter de onzekerheid over het causaal verband met de schade van de werknemer geheel voor risico van de werkgever te laten komen, in weerwil van de niet zeer kleine kans dat buiten de uitoefening van de werkzaamheden gelegen omstandigheden die aan de werknemer moeten worden toegerekend (zoals roken, genetische aanleg, veroudering of van buiten komende oorzaken), de schade (mede) hebben veroorzaakt. Hierbij verdient opmerking dat die laatste drie omstandigheden de werknemer weliswaar niet kunnen worden verweten, maar in de verhouding tot de werkgever voor risico van de werknemer komen.

Mede gelet op de aan de artikelen 6:99 en 6:101 BW ten grondslag liggende uitgangspunten moet daarom worden aangenomen dat, indien een werknemer schade heeft geleden die, gelet op de hiervoor bedoelde kanspercentages, zowel kan zijn veroorzaakt door een toerekenbare tekortkoming van zijn werkgever in de nakoming van zijn verplichting de werknemer in de uitoefening van diens werkzaamheden voldoende te beschermen tegen een voor de gezondheid gevaarlijke stof, als door een aan de werknemer zelf toe te rekenen omstandigheid als hiervoor bedoeld, als door een combinatie daarvan, zonder dat met voldoende zekerheid is vast te stellen in welke mate de schade van de werknemer door deze omstandigheden of één daarvan is ontstaan, de rechter de werkgever tot vergoeding van de gehele schade van de werknemer mag veroordelen, met vermindering van de vergoedingsplicht van de werkgever in evenredigheid met de, op een gemotiveerde schatting berustende, mate waarin de aan de werknemer toe te rekenen omstandigheden tot diens schade hebben bijgedragen.”²²⁶

²²⁶ HR 31 maart 2006, JA 2006/81, LJN AU6092 (Nefalit/Karamus). Vgl. ook HR 17 februari 2006, JA 2006/94, LJN AU6927 (Van Swaay/Heesbeen). De ontwikkeling van proportionele

Er bestaat veel debat over deze uitspraak, zodat de betekenis daarvan nog niet is uitgekristalliseerd. Algemeen wordt geaccepteerd dat de Hoge Raad in het Nefalit/Karamus-arrest het ‘alles of niets’-beginsel in dit geval heeft verlaten ten gunste van een nieuwe weg.²²⁷ Uit de specifieke vermelding dat het in casu gaat om ‘een voor de gezondheid gevaarlijke stof’ kan voorzichtig worden afgeleid dat de uitspraak slechts betrekking heeft op beroepsziekten. Een breuk met het ‘alles of niets’-beginsel in relatie tot arbeidsongevallen is moeilijk voor te stellen, anders dan als een verkapte eigen schuldregeling waar de Hoge Raad, zoals wij al hebben gezien, fel op tegen is.

Maar wat is nu deze nieuwe weg? Vele auteurs menen dat het Nefalit/Karamus-arrest de proportionele aansprakelijkheid binnen art. 7:658 BW heeft ingeluid en hebben deze ontwikkeling met instemming begroet.²²⁸ Ook in de jurisprudentie van werkgeversaansprakelijkheidsrecht wordt dit inmiddels aangenomen, zoals blijkt uit diverse toepassingen van dit nieuwe leerstuk.²²⁹ Op het eerste gezicht gezien lijkt de uitspraak immers een fraai Salamonsoordeel: niemand kan met zekerheid weten wie (en hoe) de longkanker is veroorzaakt, beide partijen kunnen daaraan hebben bijgedragen en beide partijen dragen ‘dus’ een deel van de schade in overeenstemming met het deel dat hen naar het beste oordeel van een deskundige kan worden toegedicht.

Toch kunnen bij deze kennelijke invoering van proportionele aansprakelijkheid voor beroepsziekten vele kanttekeningen worden geplaatst. Ik beperk mij tot enkele in het oog lopende aspecten.

aansprakelijkheid in geval van beroepsmatige asbestblootstelling en roken is begonnen bij Ktr. Middelburg 1 februari 1999, VR 1999, 117, LJN AJ6532 (Schaier/De Schelde).

227 In andere rechtsgebieden, zoals bijvoorbeeld het gemis van een kans vanwege een medische kunstfout, is proportionele aansprakelijkheid reeds lang aanvaard.

228 De in proportionaliteitsleer gespecialiseerde Akkermans was de Hoge Raad reeds lang voor, zie Akkermans 1997 en Akkermans 1999, p. 193-197; voorts ook Klaassen 2007, p. 1346-1362, waarin zij de introductie van proportionele aansprakelijkheid in geval van causaliteitsonzekerheid omschrijft als een ‘stap voorwaarts’. Zo ook A-G Spier in zijn conclusie bij het Nefalit/Karamus-arrest: ‘Deze ontwikkeling kan slechts worden toegejuicht omdat aldus veelal billijker uitkomsten kunnen worden bereikt dan met een ongenueeerd alles of niets’.

229 Vgl. Hof Amsterdam 26 september 2006, JAR 2007/30, LJN AZ0584 (‘Isalaklinieken’), Hof Amsterdam 14 december 2006, JAR 2007/87, LJN BA2428 (Van Selm/Scholengemeenschap), Ktr. Heerlen 19 april 2006, JAR 2006/270 (Walraven/Steenfabriek Nuth). Een recente bevestiging van het Nefalit/Karamus-arrest is HR 9 januari 2009, JA 2009/59, LJN BG4014 (‘Isalaklinieken’), waarin werkgever Isala aansprakelijk wordt geacht voor de schade (volledige arbeidsongeschiktheid) van haar werknemster vanwege het causaal verband tussen verergering van haar astmatische klachten en de verwijtbare blootstelling aan sigarettenrook op de werkplek. Op grond van de inschatting van een deskundige dat de kans 50% is dat de werknemster evenzeer verergerde astmaklachten zou krijgen ook zonder de tekortkoming in de zorgplicht om voor een gezonde werkomgeving te zorgen, wordt de schadevergoedingsplicht van de werkgever met 50% gereduceerd.

Hééft de Hoge Raad wel werkelijk proportionele aansprakelijkheid aangenomen? De Hoge Raad hanteert de term ‘proportionele aansprakelijkheid’ nergens met zoveel woorden en baseert zich slechts op de “aan de artikelen 6:99 en 6:101 BW *ten grondslag* liggende uitgangspunten”. Daarmee lijkt de Hoge Raad Akkermans te volgen, die in zijn proefschrift heeft betoogd dat de combinatie van deze twee artikelen een ‘buitengewoon solide’ aanknopingspunt zou bieden voor invoering van *gedeeltelijke* aansprakelijkheid van de werkgever.²³⁰ Daarnaast lenen deze wetsartikelen zich slecht voor het aannemen van proportionele aansprakelijkheid en lijken zij in casu zelfs toepassing te missen. Art. 6:99 BW ziet immers op alternatieve aansprakelijkheid en lijkt daarom lastig om toe te passen waar sprake kan zijn van gecombineerde factoren (longkanker als gevolg van asbestblootstelling én roken), terwijl art. 6:101 BW uitgaat van *vastgestelde* meervoudige oorzaken en niet van de situatie van onzeker causaal verband – terwijl nu juist bij longkanker geen sprake is van een aanwijsbare oorzaak en de onzekerheid van de oorzaak hier juist de kern van het probleem vormt.

Kortmann maakt in dit kader een belangwekkende observatie door erop te wijzen dat de Hoge Raad nergens heeft gesteld dat de aansprakelijkheid van Nefalit beperkt dient te blijven tot diens theoretische aandeel. Integendeel zelfs, de Hoge Raad houdt de werkgever verplicht tot vergoeding van “de gehele schade van de werknemer” – minus een aan de werknemer toe te rekenen deel. ‘Gedeeltelijk’ en ‘proportioneel’ zijn zeker niet synoniem aan elkaar: niet iedere gedeeltelijke schade is ook een proportionele schade. Kortmann legt uit waar deze, in zijn ogen kennelijke verwarring, vandaan komt:

“En net zo min als ‘mijn taartstuk’ hetzelfde is als ‘de gehele taart min uw taartstuk’, is aansprakelijkheid in evenredigheid met het theoretische aandeel van de gedaagde (proportionele aansprakelijkheid) hetzelfde als aansprakelijkheid voor het geheel met aftrek van het theoretische aandeel van de eiser (de door de Hoge Raad gegeven rechtsregel). Wanneer er, zoals in Nefalit/Karamus, slechts twee mogelijke oorzaken van de schade zijn, leiden beide benaderingen uiteraard wel tot dezelfde uitkomst. Aansprakelijkheid voor de gehele schade met aftrek van het theoretische aandeel van Karamus (100% min 45%) kwam voor Nefalit neer op hetzelfde als aansprakelijkheid in evenredigheid met haar eigen theoretische aandeel (55%). Dit neemt niet weg dat beide benaderingen fundamenteel verschillen.”²³¹

²³⁰ Akkermans 1997, p. 105.

²³¹ Kortmann 2006, p. 1409.

Het is ongelukkig dat in geen enkele instantie rekening is gehouden met de bekendheid van de werkgever ten aanzien van het synergetische effect, namelijk dat de combinatie van de asbestblootstelling en het roken een aanzienlijk kansverhogend effect heeft voor het veroorzaken van longkanker (zoals het slaapverwekkend effect van slaappillen in combinatie met alcohol aanmerkelijk hoger is dan het slaapverwekkend effect van slechts slaappillen of slechts alcohol).²³² Zo verhoogt asbestblootstelling de kans op longkanker met een factor vijf en roken met een factor twaalf; maar de combinatie van deze twee geeft een kansverhogende factor op longkanker van zestig tot honderd, zoals al in 1975 door de asbestspecialist Selikoff is aangetoond. Ongelukkig, omdat deze kennis ten tijde van de onderhavige asbestblootstelling in redelijkheid aan de werkgever kon worden toegeschreven op basis van zijn onderzoeksplicht, zodat ook het synergetisch effect aan hem toegerekend diende te worden.²³³

Ook komt in de argumentatie in de diverse instanties niet helder naar voren waarom in de onderhavige zaak is afgeweken van de gewone regels van bewijslastverdeling.²³⁴ Het staat immers vast dat de werkgever (Nefalit) in ernstig verwijtbare mate schuldig is geweest aan normschending (aanzienlijke en langdurige blootstelling aan asbest op de werkplek) die kon leiden tot gezondheidsschade bij de werknemer (Karamus). Het risico van die gezondheidsschade heeft zich daadwerkelijk verwezenlijkt. Nefalit heeft geen (afdoende) bewijs aangedragen dat, haar eigen normschending weggedacht, de longkanker evengoed zou zijn opgetreden (omkeringsregel). Waarom dan geen 100% aansprakelijkheid conform de reguliere regels van bewijslastverdeling? In dit licht is ook van belang dat niet alleen het ‘alles of niets’-beginsel hier terzijde wordt geschoven, maar ook de beschermingsgedachte die daaraan inherent is. Vast staat immers dat Nefalit in hoge mate *verwijtbaar* heeft gehandeld en dat terdege wist, terwijl dergelijke ernstige verwijtbaarheid toch niet het slachtoffer kan worden verweten. Ten tijde van het roken door Karamus was dit maatschappelijk aanvaardbaar gedrag (en volgens een belangrijk deel van de bevolking is het dat nog steeds). Het is discutabel in hoeverre het onder die omstandigheden redelijk is om de causale onzekerheid van de longkanker op Karamus af te wentelen ten koste van de hem toekomende schadevergoeding. Zo valt er op het Salomonsoordeel toch wel iets af te dingen.

232 Het wekt bevreemding dat de deskundige, professor Schmid, herhaaldelijk op het belang van het synergetisch effect heeft gewezen – zoals zelfs al in het Schaier-vonniss blijkt – maar dit advies is consequent genegeerd.

233 Vgl. I.J. Selikoff & E.C. Hammond 1975, p. 467-483; Hammond, Selikoff & Seidman 1979, p. 473-490; Selikoff, Seidman & Hammond 1980, p. 507-513. Voor een meer uitvoerige opsomming zij verwezen naar Waterman 2006a, noot 14.

234 Vgl. Van Kampen & MacLean 2006, nr. 4.

Last but not least kan de invoering van proportionele aansprakelijkheid van de werkgever vérgaande consequenties hebben. Gelet op de bewoording van de Hoge Raad zal de strekking van het Nefalit/Karamus-arrest ook toepasselijk zijn op beroepsziekten die veroorzaakt zijn door andere gevaarlijke stoffen dan asbest en, in het verlengde daarvan, wellicht ook ten aanzien van andere factoren dan roken die in de privé sfeer vallen, zoals alcoholgebruik, de medische familiehistorie, luchtvervuiling, overgewicht, et cetera. Vandaar zal de leer van proportionele werkgeversaansprakelijkheid zich wellicht ook verspreiden naar beroepsziekten die níet door gevaarlijke stoffen worden veroorzaakt en een potentiële privéfactor hebben, zoals RSI en burn-out syndroom. De beschermingsgedachte van art. 7:658 BW bevindt zich daarmee op een hellend vlak.

6 Grenzen aan de aansprakelijkheid van de werkgever

6.1 *Inleiding*

Er zijn vier omstandigheden denkbaar waarin de werkgever verwijtbaar is tekortgeschoten in zijn zorgplicht maar desondanks niet aansprakelijk is voor de schade van de werknemer. Deze omstandigheden zijn: eigen schuld, gebrek aan causaal verband, verjaring en overmacht.

In het navolgende zullen een aantal van deze beperkingen van de werkgeversaansprakelijkheid achtereenvolgens aan bod komen. Gebrek aan causaal verband en overmacht kwamen al aan de orde in hoofdstuk 3 paragraaf 4.2 respectievelijk hoofdstuk 2 paragraaf 3.2, zodat ik daarnaar verwijs.

6.2 *Eigen schuld: opzet of bewuste roekeloosheid*

Zowel de wetgever als de rechterlijke macht heeft van meet af aan beoogd om zware eisen te stellen aan de uitleg van het begrip 'eigen schuld'. De hierachter liggende gedachte was om de werknemer juridische bescherming te bieden tegen de gevaren van de arbeidsomstandigheden. Omdat het een verweer betreft tegen aansprakelijkheid, is het aan de werkgever om de eigen schuld van de werknemer aan het ontstaan van zijn schade te stellen en te bewijzen.

Het beschermende karakter van het begrip 'eigen schuld' gaat terug tot het originele wetsvoorstel van Drucker voor art. 7A:1638x oud-BW, waarin hij voorstelde dat de werkgever niet aansprakelijk zou zijn voor schade van de werknemer indien de werknemer 'in belangrijke mate grove schuld' voor

deze schade te verwijten was. Het moest dan werkelijk een ernstig verwijt betreffen en niet slechts een ‘licht verzuim’.²³⁵ Het begrip ‘grove schuld’ werd overgenomen in het definitieve wetsartikel. Pas in 1975 lichtte de Hoge Raad in het arrest Heesters/Schenkelaars toe wat onder ‘grove schuld’ mocht worden verstaan, namelijk ‘meer dan gewone schuld van de arbeider’.²³⁶ Het ging hierbij ook om een relatieve schuldverhouding: wiens schuld had het meest bijgedragen aan de schade? ‘Meer’ wilde zeggen dat:

“(…) alleen van grove schuld in de zin van art. 1638x lid 2 sprake kan zijn, als – rekening houdend met alle omstandigheden van het geval – de schuld van de werknemer zo ernstig is, dat daartegenover de tekortkoming van de werkgever in de nakoming van zijn verplichtingen als bedoeld in art. 1638x lid 1 in het niet valt (…).”

In nauwe samenhang met deze ‘hoge lat’ introduceerde de Hoge Raad in hetzelfde arrest het tot op heden nog geldende ‘ervaringsfeit’. Dit fundamentele aspect van art. 7:658 BW houdt in dat een fout van de werknemer die voortvloeit uit zijn gewenning aan de arbeidsrisico’s hem niet als eigen schuld mag worden aangerekend. Zo wordt hij als het ware juridisch tegen zichzelf beschermd. Dit ervaringsfeit strookt met de dagelijkse praktijk op de werkvloer waarin een werknemer gevaarlijke handelingen dikwijls zo vaak zal herhalen dat hij ze niet meer als zodanig herkent of ervaart en dan ook niet handelt met de voorzichtigheid, nauwkeurigheid en oplettendheid die onder de omstandigheden geboden is. Onder invloed van hetzelfde ervaringsfeit zal de werknemer het soms niet zo nauw nemen met de veiligheidsmaatregelen omdat dit omwille van de efficiëntie en productie oogluikend door de werkgever wordt toegestaan. (‘Zo kan het toch ook.’) De Hoge Raad formuleert het aldus:

“(…) dat de wetgever, door in art. 1638x lid 2 grove schuld aan de kant van de arbeider te eisen, wil de werkgever van zijn aansprakelijkheid krachtens art. 1638x lid 1 zijn ontslagen, de bedoeling heeft gehad de arbeider te beschermen door bij de aan de schuld van de arbeider te stellen eisen rekening te houden met het ervaringsfeit dat de dagelijkse omgang met werktuigen of gereedschappen de gebruiker ervan er licht toe zal brengen, niet alle voorzichtigheid in acht te nemen die ter voorkoming van ongelukken geraten is; dat vele veiligheidsvoorschriften ter bescherming van de arbeiders bij hun werk dan ook juist met het oog op deze menselijke neiging zijn gegeven (…).”

²³⁵ Bles 1909, p. 293.

²³⁶ HR 21 april 1975, NJ 1976, 81, LJN AC5607 (Heesters/Schenkelaars), Loonstra & Zondag 2004, p. 61.

Een verfijning van de term ‘grove schuld’ volgde in het arrest Morsink/Nebem, waarin dit begrip werd gedefinieerd als opzet of bewuste roekeloosheid.²³⁷ Uit het nog steeds geldende standaardarrest Pollemans/Hoondert van 1996 volgt dat onder gedragingen die opzet of bewuste roekeloosheid opleveren, moet worden verstaan dat de werknemer zich tijdens het verrichten van de onmiddellijk aan het ongeval voorafgegane gedraging van het roekeloze karakter van die gedraging bewust is geweest.²³⁸ Het ging in casu om werknemer Pollemans die, ondanks herhaalde en uitdrukkelijke waarschuwingen van zijn werkgever, persisteerde om steeds over een dak te lopen dat niet sterk genoeg werd geacht door de werkgever om hem te dragen; wat hij uiteindelijk aan den lijve ondervond toen hij circa 12 meter naar beneden viel. Zijn verwijt aan zijn vermoedelijk zeer gefrustreerde werkgever was dat deze hem niet goed genoeg had gewaarschuwd, althans niet op een zodanige wijze dat hij zich voldoende bewust was geworden van het gevaar om door het dak te vallen; dan zou hij immers dit risico wel hebben vermeden. Ook hier wijst de Hoge Raad op een vergelijking van wederzijdse schuld, namelijk dat de gedraging van de werknemer ‘in zodanige mate’ ingekleurd moet zijn door opzet of bewuste roekeloosheid, dat ‘het tekortschieten van de werkgever in diens verplichtingen daarbij als oorzaak in het niet valt’.

De cruciale *bewustheid* van gevaar, *onmiddellijk* voorafgaand aan het schadeveroorzakende gedrag, vormt nog steeds het uitgangspunt voor het aanvaarden van eigen schuld in de zin van opzet of bewuste roekeloosheid. Bij de beoordeling van eigen schuld staat de beschermingsgedachte van art. 7:658 lid 2 BW centraal:

“Bij het voorgaande moet worden bedacht dat art. 1638x lid 2 juist ertoe strekt de werknemer te beschermen door rekening te houden met het ervaringsfeit dat, kort gezegd, het dagelijks verkeren in een bepaalde werksituatie tot een vermindering van de ter voorkoming van ongelukken raadzame voorzichtigheid leidt.”²³⁹

²³⁷ HR 27 maart 1992, NJ 1992, 496, LJN ZC0559 (Morsink/Nebem).

²³⁸ HR 20 september 1996, NJ 1997, 198, LJN ZC2142 (Pollemans/ Hoondert), bevestigd in HR 11 september 1998, NJ 1998, 870, LJN ZC2702 (Van der Wiel/Philips). In vergelijkbare strekking, met analoge benadering van art. 7:611 BW aan art. 7:658 BW: HR 14 oktober 2005, NJ 2005, 539, LJN AU2235 (City Tax/De Boer). Vgl. Loonstra & Zondag 2003, p. 39 e.v.; Jansen & Loonstra 2006, p. 46-63 en Vegter 2006, p. 25-28.

²³⁹ Vgl. ook HR 14 oktober 2005, NJ 2005, 539, LJN AU2235 (City Tax/De Boer) en heel expliciet HR 13 juli 2007, JA 2007/173, LJN BA7355 (Van Veghel/Hendriks). Dit betreft een bouwvakker die zijn enkel verzwikte over een klein hoogteverschil. De werkgever had rekening moeten houden met het algemene ervaringsfeit dat ook een in het werk ervaren en met de omstandigheden bekende werknemer niet steeds de noodzakelijke voorzichtigheid zal betrachten, wat hem niet mag worden tegengeworpen.

Het arrest Pollemans/Hoondert heeft veel weerstand in het bedrijfsleven ondervonden om een praktische reden: behoudens een expliciete wilsuiking van de werknemer is een dergelijke subjectieve geestesgesteldheid bijna onmogelijk om aan te tonen. (Bijvoorbeeld: “Ik wil dood, ik spring nú van de hijskraan”.) Hoe kun je, achteraf, als werkgever aan de rechter duidelijk maken wat er bij een werknemer onmiddellijk voorafgaand aan het ongeval tussen de oren speelde? Een evident zeer gevaarlijke situatie of herhaalde krachtige waarschuwingen²⁴⁰, het negeren van een uitdrukkelijke waarschuwing²⁴¹, een consistent slordige werkwijze²⁴², evident gevaarlijk handelen²⁴³ zijn daartoe onvoldoende gebleken. Ook verweren in de strekking van risicoaanvaarding door de werknemer (bijvoorbeeld het ondertekend hebben van een ‘gevaarenbriefje’ of het ontvangen van een gevarentoeslag) hebben gefaald.²⁴⁴ Zo ook de omstandigheid dat de werknemer zich bewust is van het tekortschieten van veiligheidsmaatregelen zonder de werkgever (of de Arbeidsinspectie) daarop aan te spreken²⁴⁵ of, kennelijk wat laks ingesteld, het zelf niet nodig vond om de beschikbare veiligheidsmaatregelen daadwerkelijk te treffen.²⁴⁶ Lindenbergh verwoordde dan ook slechts de algemene opinie van de rechtspraak door te schrijven: “Gegeven de hoge eisen die de Hoge Raad stelt aan het aannemen van opzet of bewuste roekeloosheid (...) is het praktische bereik van het eigen schuldverweer wel zeer gering geworden.”²⁴⁷ In dit licht past ook de verzuchting van Hartlief dat, als alle waarschuwingen zinloos zijn gebleken, de werkgever wellicht niets anders rest dan een ontslagprocedure.²⁴⁸ De gedachte die hier achter lijkt te schuilen, is dat de werkgever die niet voor roekeloos ontstane schade wil opdraaien, niets anders rest dan de werknemer te ontslaan. Ook Loonstra en Zondag sluiten zich hier bij aan: “Een werknemer die onverantwoorde risico’s neemt – maar nog net onder de grens van bewuste roekeloosheid blijft – dient op enigerlei wijze met

240 HR 20 september 1996, NJ 1997, 198, LJN ZC2142 (Pollemans/Hoondert).

241 HR 16 januari 1998, JAR 1998/55, LJN AG2169 (Van der Elst/Laracker).

242 HR 9 december 2005, JA 2006/30, LJN AU6512 (‘Gritstraler’). Vgl. Van den Broek 2006 en S.D. Lindenbergh 2006, p. 39-43.

243 Vgl. Hof Amsterdam 24 november 2005, 1297/03KG, LJN AVO198 (‘Hexaangas’), Hof Leeuwarden 22 november 2006, LJN AZ2853 (‘Borstelmachine’) en Hof Den Bosch 23 september 2008, LJN BG2158 (‘Fikkie stoken’), waarin twee jonge werknemers een vuurtje stoken in de boomgaard waar zij werken, wat tot brandschade leidt.

244 Vgl. Bier 1995, p. 63.

245 HR 22 maart 1991, NJ 1991, 420, LJN ZCO181 (Roeffen/Thijssen).

246 HR 9 februari 2007, NJ 2007, 105, LJN AZ6526 (‘Elba II’), waarin eigen schuld van de werknemer wordt afgewezen omdat niet hij, maar de werkgever verantwoordelijk is voor het treffen van de in casu ontbrekende veiligheidsmaatregelen.

247 Lindenbergh 2000a, p. 66.

248 Hartlief 1997a, p. 499-500.

de financiële gevolgen van zijn handelen te worden geconfronteerd.”²⁴⁹ Uit de jurisprudentie blijkt echter weinig van opvolging van dit advies.²⁵⁰

Kortom, alleen onder extreme omstandigheden kan eigen schuld van de werknemer worden aangenomen en verliest deze daardoor zijn volledige aanspraak op schadevergoeding. In de rechtspraktijk komt dit slechts zeer zelden voor.²⁵¹ Niet zelden leidt dit tot onbegrip – zoals het Pollemans-arrest bij uitstek illustreert – want er is een aanzienlijke discrepantie tussen wat door de gemiddelde werknemer of werkgever wordt verstaan onder het begrip ‘eigen schuld’ en de juridische beoordeling daarvan door de wetgever en de rechterlijke macht. Dit roept op zijn minst de vraag op, hoe vaak werknemers door werkgevers met een kluitje (of een bosje bloemen) in het juridische riet worden gestuurd met de opmerking “Het was je eigen schuld, je was toch gewaarschuwd.” Ook leidt het rechterlijke gemak waarmee eigen schuld van de werknemer wordt afgewezen soms tot ergernis dat de werknemer zo weinig op zijn eigen ‘stomiteiten’ wordt afgerekend. Bacharias, Lindenbergh en Mascini constateren dan ook dat “rechters de responsabilisering van werknemers niet onderkennen, maar juist compenseren door hen meer in bescherming te nemen.”²⁵²

249 Loonstra & Zondag 2003, p. 43 e.v. en in dezelfde zin 2004, p. 66.

250 HR 9 december 2005, JA 2006/30, LJN AU6512 (‘Gritstraler’) illustreert dat zo’n aangezegd ontslag vanwege slordig en gevaarlijk werken niet gauw genoeg geëffectueerd kan worden.

251 Zeldzame voorbeelden van een geslaagd beroep op eigen schuld zijn: Ktr. Zevenbergen 10 maart 1994, Prg. 1994, 4095, LJN 6152 (Bont/De Baronie) waarin een magazijnchef tracht een schuurdeur uit zijn sponningen wrikken, staande op een pallet bovenop de lepels van een vorkheftruck; Ktr. Harderwijk 11 november 1998, Prg. 1999, 5115, LJN AI9831 (Bewier/Ridder), waarin de werknemer meelift op een vorkheftruck en er vervolgens af valt; Ktr. Amsterdam 6 april 2001, rolNr. CV 00-9124, ongepubliceerd, waarin een werknemer tegen alle waarschuwingen in toch loopt over een vloer onder constructie; Ktr. Leeuwarden 18 maart 2003, LJN AF6126 (‘Bewuste roekeloosheid’) waarin een werknemer een papierpers repareert zonder eerst de stroomvoorziening uit te schakelen; Voorzieningenrechter Rb. Groningen 27 juni 2003, LJN AH9008 (John Daniels/ROC) waarin een stagiaire brand sticht in een kapsalon waar zij werkte door een peuk in een afvalbak te gooien; Ktr. Rotterdam 25 augustus 2004, JAR 2004/253, LJN AQ8758 (Akkersdijk/Bavo) waarin een sociotherapeut letsel bekomt doordat hij een pupil tijdens een balspel corrigeert zonder eerst het spel te laten staken; Hof Arnhem 21 januari 2006, NJF 2006/306, LJN AV1417 (X/Y) waarin een werknemer-bestuurder ondanks de waarschuwing van inzittende collega’s voor een gevaarlijke verkeerssituatie harder reed dan de maximum toegestane snelheid, te dicht op zijn voorganger reed en onderwijl een sigaret rolde terwijl hij het stuur bediende met knieën; Hof Den Bosch 17 april 2007, JAR 2007/209, LJN BB2438 (Hendriks/Autoster Bergen) waarin een werknemer geacht werd bewust roekeloos te handelen door niet de verplichte onderhoudsbeurten aan zijn geleaste bedrijfsauto te laten gebeuren, waardoor hij de kans op de verwezenlijke schade aanzienlijk had verhoogd; Hof Den Haag 17 juli 2008, JA 2008/125 (Victorina/Unitech) waarin een werknemer zich aan de strop van een takel omhoog laat hijsen en vervolgens ten val komt.

252 Bacharias, Lindenbergh & Mascini 2008, p. 2.

Het Pollemans-arrest lijkt diepe indruk te hebben gemaakt, want vanaf 1996 tot circa 2005 is het stil gebleven rondom het ‘hopeloze’ verweer van eigen schuld. Hierna is echter een gestage toename verschenen van rechtszaken waarin nieuwe pogingen zijn gedaan om de kostbare werkgeversaansprakelijkheid te ontlopen. In deze nieuwe reeks uitspraken lijkt sneller eigen schuld te worden aanvaard door een verschuiving van een subjectieve naar een objectieve vaststelling van opzet of bewuste roekeloosheid. Zo lijkt de bewijslast in het ‘Hypoglykemie’-arrest zelfs te worden verschoven van de werkgever naar de werknemer: het is aan de werknemer, die na (kennelijk) agressief rijgedrag met zijn dienstauto tegen een pilaar is gereden, om feiten en omstandigheden te stellen die kunnen ontzenuwen dat hij niet met opzet of bewuste roekeloosheid heeft gehandeld. Van de werkgever kan niet in redelijkheid worden gevergd dat hij ter ontzenuwing van een verweer van tijdelijke geheugenstoornis door een hypoglykemieaanval (veroorzaakt door suikerziekte) het bewijs zou moeten leveren dat deze theoretische en louter gestelde mogelijkheid zich níet heeft voorgedaan.²⁵³

Ook op lager niveau in de rechtspraak is gedurende de laatste jaren wel eens geredeneerd vanuit een geobjectiveerde ‘weten of geacht worden te moeten weten’.²⁵⁴

Het is echter de vraag of aan deze uitspraken veel betekenis kan worden toegekend, want al in 2008 lijkt de Hoge Raad weer uitdrukkelijk terug te keren naar de ‘klassieke lijn’ van het Pollemans-arrest waarin het subjectieve element centraal staat. Waar het Hof Arnhem de bewuste roekeloosheid van de werknemer om geen autogordel te dragen expliciet op geobjectioneerde wijze had geïnterpreteerd, is deze benadering door de Hoge Raad op nadrukkelijke wijze gecorrigeerd: de keuze om geen autogordel te dragen rechtvaardigt “(...) niet zonder meer de conclusie (...) dat sprake is geweest van een zodanig gevaarlijke gedraging dat eiser onmiddellijk voorafgaand aan het ongeval daadwerkelijk beseftte dat hij zich daarvan in verband met de aanmerkelijke kans op verwezenlijking van het daardoor in het leven geroepen gevaar (van het oplopen van letsel bij een aanrijding) had behoren te onthouden.”²⁵⁵ Dit is een gelukkige ontwikkeling, want de redenering dat een werknemer ‘wist

²⁵³ HR 2 december 2005, JAR 2007/15, LJN AZ6326 (‘Hypoglykemie’).

²⁵⁴ Vgl. Hof Den Bosch 17 april 2007, JAR 2007/159, LJN BA5750 (A2 Networks/X) en Hof Den Haag 17 juli 2008, JA 2008/125 (Victorina/Unitech); in de annotatie wijst Wijne op de discrepantie tussen het ‘bewuste’ aspect en het door het Hof aanvaarde gevaarlijke gedrag van een werknemer die zich voor de grap, hangend aan de strop van een takel, omhoog liep hijsen en vervolgens van grote hoogte ten val kwam.

²⁵⁵ Hof Arnhem 18 oktober 2005, JA 2006/13, LJN AU 5876 (Maasman/Akzo Nobel), gevolgd door HR 1 februari 2008, JA 2008/52, LJN BB6175 (Maasman/Akzo Nobel).

of geacht kon worden te weten' van zijn gevaarlijk gedrag plaatst zowel de beschermingsgedachte achter 7:658 lid 2 BW als het voor de alledaagse praktijk op de werkvloer waardevolle leerstuk van het ervaringsfeit op een gevaarlijk hellend vlak. Want juist de eis dat de werknemer zich *daadwerkelijk* bewust is van zijn gevaarlijke gedrag, stelt de rechter in staat om het 'precieze en rechtsverfijnde' instrument van eigen schuld op de bijzondere omstandigheden van een individueel geval toe te passen.²⁵⁶

Daarnaast doet zich ook een andere ontwikkeling voor, waarbij meer gewicht wordt toegekend aan de ervaring of de eigen verantwoordelijkheid van de werknemer 'en dus' minder noodzaak zijdens de werkgever zou bestaan om te waarschuwen voor evidente, alledaagse of algemeen bekende gevaren of daarop afgestemde veiligheidsmaatregelen te treffen. Vanuit juridisch oogpunt is dit niet hetzelfde als een verweer van eigen schuld van de werknemer, maar vanuit praktisch oogpunt ligt het er zo dicht bij dat ik haar toch noem.

Als begin van deze ontwikkeling kan wellicht het arrest Dusarduyn/Du Puy uit 2003 worden genoemd, ook wel bekend als het 'Dakdekkers'-arrest.²⁵⁷ Werknemer Dusarduyn, een ervaren dakdekker in het bezit van een veiligheidsdiploma, kreeg van zijn werkgever Du Puy de opdracht om werkzaamheden aan het dak van een woning te verrichten. Noch Du Puy, noch Dusarduyn wist dat een werknemer van een andere firma eveneens aan het onderhavige dak werkte om daar een lichtkoepel aan te brengen; dit kwam pas uit nadat Dusarduyn door het verzwakte dak gevallen was en zich daarbij ernstig had verwond. In cassatie bevestigde de Hoge Raad het oordeel van het Hof dat Dupuy zijn zorgplicht niet had geschonden door Dusarduyn naar een eenvoudig karwei van beperkte omvang te sturen met, althans naar verwachting, beperkte veiligheidsrisico's. Ook de werkervaring en het veiligheidsdiploma van de Dusarduyn werden hierin van belang geacht. Juist vanwege deze omstandigheden kon van Du Puy als werkgever niet worden gevergd dat hij vooraf een risicoinventarisatie- en evaluatie ter plaatse zou houden om de risico's van de door Dusarduyn te verrichten werkzaamheden in te schatten. Deze redenering leidde tot de conclusie dat werkgever Du Puy niet verwijtbaar tekortgeschoten was in zijn zorgplicht jegens zijn werknemer Dusarduyn en derhalve niet aansprakelijk was voor diens arbeidsongeval. Conform het systeem van schuldaansprakelijkheid bleef de arbeidsgerelateerde schade vervolgens ten volle op de schouders van de werknemer rusten.²⁵⁸

²⁵⁶ Aangehaald naar Hartlief 1997b, p. 142.

²⁵⁷ HR 16 mei 2003, NJ 2004, 176, LJN AF 7000 (Dusarduyn/Du Puy).

²⁵⁸ De casus kan wellicht worden samengevat als 'de werkgever kon het niet helpen en de werknemer nog minder'. In het licht van de huidige trend waarbij veel gewicht wordt toegekend

In dezelfde trant heeft de Hoge Raad in het Shell-arrest de stelling van het Hof geaccepteerd dat van “(...) een werknemer (...) een minimale voorzichtigheid [mag] worden verlangd in min of meer dagelijks voorkomende situaties die een beperkt risico inhouden.”²⁵⁹

Op het eerste gezicht komt het argument van het Hof alleszins redelijk en aansprekend voor. Het is echter onwenselijk dat via deze weg, langs een achterdeur als het ware, toch effectief een vorm van eigen schuld wordt bewerkstelligd. De uitdrukkelijk beoogde juridische bescherming van de werknemer, die wordt gerealiseerd door de zeer vergaande eisen welke aan eigen schuld worden gesteld, komt dan op een gevaarlijk hellend vlak terecht.²⁶⁰

Hetzelfde risico van het hellend vlak geldt ook ten aanzien van het geweningsrisico van evidente, algemeen bekende of alledaagse risico's. Zo kan bijvoorbeeld inzake het 'Broodmes'-arrest worden verdedigd dat het in de praktijk wezenlijk veel uitmaakt of men thuis in alle rust en op zijn gemak wel eens op nonchalante en onprofessionele wijze een enkel broodje snijdt of dat dit op de werkplek enige tientallen malen per dag en per saldo enige duizenden keren per jaar gebeurt.²⁶¹ Dan miskent het 'alledaagse' argument dat dezelfde handeling die voor een huisvrouw of student een 'min of meer dagelijkse voorkomende situatie' kan zijn, dat op de werkplek geenszins is. In een enkele momentopname *lijken* de situaties weliswaar veel op elkaar, maar de aard van de situaties is in belangrijke mate verschillend. Op de werkplek heeft de handeling van het snijden van een broodje een veel intensiever, frequenter en meer gehaast karakter en daarmee ook een (veel) grotere kans om tot letsel te leiden. Dit geldt zeker wanneer wordt uitgegaan van de praktijkdefinitie van een ongeval: een risico vermenigvuldigd met het aantal handelingen.²⁶²

aan de verzekerings- c.q. schadevergoedingsplicht van de werkgever als goed werkgever, kan men zich afvragen of deze uitspraak anno 2009 nog stand zou houden.

259 HR 7 december 2007, NJ 2007, 643, LJN BB5625 (X/Shell); in vergelijkbare zin ook HR 24 juni 1994, NJ 1995, 137, LJN ZC1405 ('Rolsteiger'), HR 4 oktober 2002, NJ 2004, 175, LJN AE4090 ('Broodmes'), HR 16 mei 2003, NJ 2004, 176, LJN AF 7000 (Dusarduy/Du Puy), HR 12 september 2003, NJ 2004, 177, LJN AF8254 ('Koffievlek'), HR 9 juli 2004, NJ 2005, 260, LJN AO8171 (Oost/Brands Bouwgroep), HR 20 januari 2006, NJ 2008, 461, LJN AT6013 ('Cementpomp'), HR 2 maart 2007, NJ 2007, 143, LJN AZ5834 (Perez/Casa Grande), HR 13 juli 2007, JA 2007/173, LJN BA7355 (Van Veghel/Hendriks), HR 8 februari 2008, NJ 2008, 93, LJN BB7423 (Lagraauw/Van Schie) en HR 11 april 2008, NJ 2008, 465, LJN BC9225 (Tarioui/Vendrig-IJsselstein), Hof Amsterdam 6 juli 2006, JA 2006/108 ('Natte vloer') en Hof Amsterdam 17 juli 2008, JA 2008/157 ('Imperiaal').

260 Vgl. Krispijn & Oskam 2008, p. 88.

261 HR 4 oktober 2002, NJ 2004, 175, LJN AE4090 ('Broodmes').

262 Om dezelfde reden dragen medewerkers in slachthuizen en visverwerkingsbedrijven een handschoen van stalen maliën aan de niet-snijdende hand wanneer zij vlees of vis snijden;

Hoe vaker de handeling in kwestie wordt uitgevoerd, hoe groter de kans is dat het risico wat daarmee gepaard gaat, zich zal verwezenlijken. Bij een frequent voorkomende handeling kan zelfs worden gesteld dat het een zekerheid is dat het risico zich vroeg of laat zal verwezenlijken. Ook gaat het voornoemde argument voorbij aan het gegeven dat mensen thuis verantwoordelijk zijn voor hun privémissers en onprofessionele optreden, maar dat de wetgever juist voor de werkplek *uitdrukkelijk* juridische bescherming wenst te bieden. Vanuit dit gezichtspunt is mevrouw Laudy, de werkneemster in kwestie, het slachtoffer geworden van een voorzienbaar, voorspelbaar en zelfs (voor haar) typisch bedrijfsrisico op haar werkplek; en toch moet zij haar arbeidsgerelateerde en aanzienlijke financiële schade zelf dragen.

Tot slot is het interessant om de vraag te stellen of invoering van risicoaansprakelijkheid of een strengere benadering van de eigen verantwoordelijkheid van de werknemer zou leiden tot een wenselijke vermindering van de incidentie van arbeidsongevallen en beroepsziekten. Het antwoord moet in beide gevallen vermoedelijk 'neen' luiden. Het is niet aannemelijk dat een ruimere uitleg van eigen schuld van de werknemer – waar de huidige, voor de werknemer meer voordelige uitleg al bij velen onbekend is – zal leiden tot grotere voorzichtigheid en verantwoordelijkheid aan diens zijde. Werknemers zijn er immers niet op uit om zelf het slachtoffer van een arbeidsongeval te worden of dit een collega aan te doen. Ook de enkele wijziging van een definitie van aansprakelijkheid, hetzij door wetgeving, hetzij door jurisprudentie, doet in de arbeidspraktijk niemand extra voorzichtig stil staan bij de mogelijkheid dat een bepaalde arbeidshandeling tot schade zou kunnen leiden. Bovendien zou de toegenomen verantwoordelijkheid van de werknemer nauwelijks een incentive zijn voor de werkgever om zijn preventiebeleid te verbeteren, eerder het tegendeel.

6.3 Verjaring

Het verjaringsrecht ten aanzien van vorderingen die voortvloeien uit arbeidsongevallen en beroepsziekten kent een tweedeling, namelijk ten aanzien van

en dat zij thuis wellicht ook wel eens een vis fileren, doet niets af aan de evidente wenselijkheid van zo'n veiligheidsmaatregel bij meer frequent fileren. Een dergelijke arbeidssituatie illustreert dat de werkgever niet kan volstaan met te verwijzen naar de 'alledaagsheid' van een frequent voorkomend klusje, maar actief maatregelen moet nemen om het gevaar te verwijderen of tenminste te beperken. Zo had in de 'Broodmes'-casus werkgever Fair Play mevrouw Laudy kunnen instrueren dat zij de door haar te snijden broodjes niet in de hand moest houden maar op een broodplank behoorde te plaatsen en om van zich af te snijden in plaats van naar zich toe. Gelet op de grote aantallen broodjes die zij per jaar moest snijden is het niet duidelijk, waarom deze instructie niet van de werkgever zou kunnen worden gevergd.

schadeveroorzakende gebeurtenissen die hebben plaatsgevonden vóór de inwerkingtreding van art. 3:310 lid 5 BW op 1 februari 2004 en die, welke daarna hebben plaatsgevonden. Specifieke aspecten ten aanzien van deze laatste groep worden op het einde van deze paragraaf behandeld.

Als uitgangspunt geldt dat het aan de partij is die zich beroept op verjaring van de aan hem gerichte vordering tot schadevergoeding om dit aan te tonen, bijvoorbeeld door te stellen en te bewijzen dat de gelaedeerde werknemer reeds eerder bekend is geworden met het verjaarde feit.²⁶³ De bewijslast hiervan berust bij de werkgever of diens verzekeraar die dit verweer heeft aangevoerd.

De verjaring van arbeidsongevallen en beroepsziekten die vóór 1 februari 2004 zijn geschied, wordt beheerst door art. 3:310 lid 1 en 2 BW. Hierin wordt bepaald (in de context van arbeidsgelateerde gezondheidsschade) dat een rechtsvordering tot schadevergoeding verjaart wanneer vijf jaar zijn verstreken volgende op de dag dat de werknemer dan wel diens erfgenamen bekend is geworden met de schade én met de identiteit van de voor de schade aansprakelijke werkgever.²⁶⁴ Deze verjaringstermijn wordt de relatieve verjaring genoemd. In ieder geval gaat het vorderingsrecht omwille van de rechtszekerheid van de werkgever 'absoluut' teniet na twintig jaar vanaf de datum van de schadeveroorzakende gebeurtenis.²⁶⁵

Lid 2 voorziet echter in een uitzondering op deze regel ten aanzien van schade van de werknemer, die het gevolg is van een verontreiniging van de lucht, water of bodem in de zin van ditzelfde lid. Er moet dan sprake zijn van een stof (bijvoorbeeld asbest) die door de werkgever is gebruikt en waarvan bekend is dat zij een ernstig gevaar voor personen of zaken oplevert in de zin van art. 6:175 jo. art. 34 lid 3 Wet Milieugevaarlijke stoffen. De verjaringstermijn is dan dertig jaar.²⁶⁶

263 Cf. art. 150 Rv. Vgl. Rb. Zutphen 13 september 2001, JAR 2001/13, LJN AA9048 (Rensink/BASF).

264 Vgl. HR 27 mei 2005, NJ 2006, 114, LJN AS8455 (X/Elisabeth Ziekenhuis).

265 Vgl. HR 3 november 1995, NJ 1998, 380, LJN ZC1867 ('Bloedtransfusie') en HR 25 juni 1999, NJ 2000, 16, LJN ZC2934 (B. sr./B. jr.). NB: een belangrijk verschil met de hierna volgende jurisprudentie is dat het slachtoffer in het Diaconessenziekenhuis-arrest na het bekend worden met haar schade eerst nog 24 jaar heeft gewacht voordat zij het ziekenhuis aansprakelijk stelde, terwijl in het geval van 'long tail'-ziekten het slachtoffer geen verwijt kan worden gemaakt van het lange tijdsverloop tussen het ontstaan van de schade en de aansprakelijkstelling.

266 Zie art. 3:310 lid 2, met verwijzing naar art. 6:175 en 6:177 lid 1 onder b BW jo. art. 34 lid 3 Wet Milieugevaarlijke stoffen. Vgl. HR 2 oktober 1998, NJ 1999, 682, LJN ZC2720 (De Schelde/Wijkhuizen) en EK 1992-1993, 22 599, nr. 116b, p. 1.

De bekendheid van de werknemer met de schade wordt aangenomen indien voldaan is aan twee voorwaarden. Ten eerste, dat hij weet of behoort te weten van voldoende feiten en omstandigheden omtrent het schadeveroorzakende incident dat hij met een voldoende redelijke mate van zekerheid kan vaststellen dat hij letsel en daaruit voortvloeiende schade heeft om op basis daarvan zijn aanspraken op schadevergoeding in rechte geldend te kunnen maken.²⁶⁷ Een medische eindtoestand²⁶⁸ of een juist inzicht in zijn juridische positie of de volledige omvang van zijn schade zijn daarvoor niet relevant; het gaat om kennis van de feiten.²⁶⁹ Meestal kan de datum van het arbeidsongeval, de dag waarop de diagnose van een (sluipende) beroepsziekte wordt meegedeeld of de laatste arbeidsdag als peildatum worden gehanteerd.²⁷⁰ Ten tweede moet de werknemer ook bekend zijn met voldoende feiten en omstandigheden om met een redelijke zekerheid een causaal verband tussen zijn schade en een bepaalde, daarvoor aansprakelijke (rechts-)persoon mogelijk te achten, zodat hij zijn vordering daadwerkelijk in rechte geldend kan maken.²⁷¹

Bij arbeidsongevallen levert verjaring zelden problemen op.²⁷² De schade openbaart zich in de regel onmiddellijk dan wel vrij spoedig na het ongeval, terwijl de aansprakelijke partij doorgaans de werkgever is. Daarbij maakt het voor de werknemer op grond van art. 7:658 lid 4 BW niets uit of hij zijn contractuele of feitelijke werkgever (of beiden) wil aanspreken tot schadevergoeding. In geval van twijfel over de aansprakelijke partij kan een aansprakelijkstelling of stuitingbrief weinig kwaad doen en wellicht veel redden.

Voor beroepsziekten, bij uitstek 'sluipende' beroepsziekten zoals asbestziekten (met name mesotheliom en longkanker) kan verjaring wel degelijk problematisch zijn. Dit speelt vooral ten aanzien van de vraag wanneer de schadeveroorzakende gebeurtenis is opgetreden: is dat het moment van blootstelling of het moment dat de schade 'ontstaat' c.q. ervaren wordt? In

267 Een enkel vermoeden van het bestaan van schade is onvoldoende om aan te nemen dat er sprake is van daadwerkelijke bekendheid met schade, vgl. Hof Den Bosch 8 januari 2008, JA 2008/56, LJN BC3222 (Van Gend & Loos/X).

268 HR 3 november 1995, NJ 1998, 380, LJN ZC1867 ('Bloedtransfusie').

269 HR 26 november 2004, NJ 2006, 115, LJN AR3138 (De Jong/Optimodal). Vgl. ook HR 6 april 2001, NJ 2001, 333, LJN AB0904 (Van Kesteren/Rabobank).

270 HR 2 oktober 1998, NJ 1999, 682, LJN ZC2720 (De Schelde/Wijkhuizen): voor de toepassing van art. 3:310 lid 2 BW is de aard van de stof beslissend, zie ook EK 1992-1993, 22 599, nr. 116b, p. 1 en HR 3 november 1995, NJ 1998, 380, LJN ZC1867 ('Bloedtransfusie').

271 Vgl. HR 3 november 1995, NJ 1998, 380, LJN ZC1867 ('Bloedtransfusie'), HR 2 oktober 1998, NJ 1999, 682, LJN ZC2720 (De Schelde/Wijkhuizen) en HR 31 oktober 2003, NJ 2006, 112, LJN AL8168 (S./AZVU); voor de toepassing van art. 3:310 lid 2 BW is de aard van de stof beslissend, zie ook EK 1992-1993, 22 599, nr. 116b, p. 1.

272 Wel problematisch bleken: HR 31 mei 2002, JOL 2002, 315, LJN AE3433 (Matrans/X) en HR 7 april 2006, JAR 2006/118, LJN AV4316 ('Aanvang verjaringstermijn').

het arrest *De Schelde/Wijkhuizen*²⁷³ heeft de Hoge Raad hiervoor soelaas geboden door te bepalen dat, wanneer de blootstelling aan asbest (en aan nemelijk ook voor andere schadelijke stoffen; YW) een voortdurend feit of een opeenvolging van feiten is in de zin van art. 310 lid 3 BW, de laatste dag van de blootstelling geldt als de dag waarmee de verjaringstermijn aanvangt. In de praktijk komt dit vaak overeen met de laatste dag van het arbeidsverband met de betreffende werkgever.

In de rechtspraak is geprobeerd het fundament van de absolute verjaring, namelijk de rechtszekerheid, te doorbreken met het verweer dat verjaring van de rechtsvordering in een schrijnend geval in strijd kan zijn met de ex art. 6:2 BW in acht te nemen redelijkheid en billijkheid²⁷⁴ jegens de gelaedeerde werknemer. Een typerend aspect van de asbestziekte mesothelioom, waardoor circa de helft van asbestslachtoffers wordt getroffen, is bijvoorbeeld dat de incubatieperiode tot drie decennia of zelfs nog langer kan duren. Het kan daardoor zeer wel gebeuren dat de aan asbest blootgestelde en daardoor ziek geworden werknemer kort na zijn diagnose te horen krijgt dat zijn vorderingsrecht tot schadevergoeding jegens de aansprakelijke werkgever al is verjaard en dat daarmee iedere kans op schadevergoeding voor zijn aanzienlijke lijden en voortijdige dood in principe voorbij is.

Dit argument van redelijkheid en billijkheid is gehonoreerd door de Hoge Raad in het arrest *Erven Van Hese/De Schelde*.²⁷⁵ In een zeventalige gezichtspuntencatalogus heeft de Hoge Raad aangegeven wanneer een beroep op de verjaring naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar kan zijn:

- a) Is er sprake van vergoeding van vermogensschade of andere soort schade en komt de gevorderde schadevergoeding ten goede aan het slachtoffer zelf, of aan diens nabestaanden dan wel een derde?
- b) In hoeverre bestaat voor het slachtoffer resp. zijn nabestaanden ter zake van de schade een aanspraak op een uitkering uit andere hoofde?
- c) In welke mate kan de gebeurtenis de aangesproken partij worden verweten?

²⁷³ HR 2 oktober 1998, NJ 1999, 682, LJN ZC2720 (*De Schelde/Wijkhuizen*).

²⁷⁴ Vgl. Tjittes 1999, p. 53. Ten aanzien van de relatieve vijfjarige verjaringstermijn van art. 3:310 lid 1 BW heeft de Hoge Raad het beroep op de redelijkheid en billijkheid al eerder gehonoreerd, vgl. HR 23 oktober 1998, NJ 2000, 15, LJN ZC2748 (*M./B.*), waarin sprake is van seksueel misbruik en kindermishandeling.

²⁷⁵ HR 28 april 2000, NJ 2000, 430, LJN AA5635 (*Van Hese/De Schelde*). Vgl. de bespreking van dit arrest door Van Dunné 2002, p. 119-129; Smeehuijzen 2005, p. 49-60 en ook in 2008, p. 257-258; en Smith 2008, p. 1005.

- d) In welke mate heeft de aangesproken partij vóór het verstrijken van de verjaringstermijn rekening gehouden of behoren te houden met de mogelijkheid dat hij voor de schade van de gelaedeerde aansprakelijk zou zijn?
- e) Heeft de aangesproken partij naar redelijkheid de mogelijkheid gehad om zich tegen de vordering te verweren?
- f) Is de aansprakelijkheid (nog) door een verzekering gedekt?
- g) Zijn de aansprakelijkstelling en de vordering tot schadevergoeding gericht binnen een redelijke termijn na het aan het licht komen van de schade?²⁷⁶

Meer in het algemeen heeft de Hoge Raad aansluitend overwogen dat de wetgever deze situatie nooit heeft voorzien en daardoor geen rekening heeft gehouden met de mogelijkheid dat letselschade zich eerst dertig jaar na een gebeurtenis zou kunnen voordoen. Hoewel deze overweging veel verklaart aan de zijde van de wetgever, excuseert zij niet haar nalatigheid om al in de jaren zestig, toen de gezondheidsgevaaren van asbest algemeen bekend werden, maatregelen te treffen om ook de belangen van toekomstige 'long tail'-zieken (dat wil zeggen de huidige generatie) te waarborgen.

Hierbij speelt ook art. 6 EVRM, wat het recht tot toegang tot de rechter garandeert. Dit grondrecht lijkt onverenigbaar met een beroep op de wettelijke verjaring van een vordering tot schadevergoeding wegens een ziekte met een zeer lange incubatieperiode als mesotheliom, omdat deze vordering onmogelijk tijdig kan worden ingediend wanneer het bestaan van de vordering pas ná het verstrijken van de verjaringstermijn aan het licht is gekomen.²⁷⁷

Hoewel uit de toon van de Hoge Raad duidelijk valt te bespeuren dat het opzijschuiven van art. 3:310 BW slechts in uitzonderlijke omstandigheden mag gebeuren, lijkt het er op dat rechters in lagere instanties de door het Van Hese-arrest in het leven geroepen mogelijkheid om de verjaringstermijn 'op te rekken' benutten om het harde gelag van asbestslachtoffers te verzachten.²⁷⁸ Het brede aanbod van gezichtspunten biedt, in de termen van

²⁷⁶ Vgl. Hof Amsterdam 18 november 2008, VR 1995, 68, LJN BH4147 ('Verjaring asbestschade'). Vgl. Smeehuijzen 2005, p. 49-61.

²⁷⁷ In vergelijkbare strekking: Smeehuijzen 2008, p. 258.

²⁷⁸ Enkele voorbeelden: Hof Den Bosch 21 augustus 2001, KG 2001, 274, LJN AD3880 (Gemeente Helmond/X), Hof Den Haag 24 juli 2002, PRG 2002, 5967, LJN AE6530 (Van Hese/De Schelde), Hof Arnhem 27 februari 2007, LJN AZ9763 (X/Eternit), Rb. Maastricht 16 april 2007, JA 2007/86, LJN BA3241 (X/Nefalit), Rb. Groningen 15 juni 2007, LJN BA7469 (X/Eternit), Rb. Almelo 9 juli 2008, LJN BF1904 (X/Nefalit). In de juridische literatuur ontvangen de verjaringsperikelen van asbestslachtoffers met name veel sympathie van Spier, vgl. A-G Spier in zijn conclusie bij HR 2 oktober 1998, NJ 1999, 682, LJN ZC2720 (De Schelde/Wijkhuizen), Spier 1990 en Spier 1992a, nr. 53.

Van Boom, namelijk de mogelijkheid tot het “wegschrijven van onwelgevalige argumenten”.²⁷⁹ Daarmee komen zij echter met een scala van verschillende aanvullende termijnen na het intreden van de verjaringstermijn die de rechtszekerheid niet ten goede komt; de Hoge Raad heeft immers niet aangegeven *hoeveel* tijd het asbestslachtoffer in aanvulling op de absolute verjaringstermijn heeft. Wel volgt uit gezichtspunt g dat de eiser voortvarend moet handelen, wat in het licht van het verjaringsaspect geen verwondering kan wekken.²⁸⁰ In een gezamenlijk advies hebben Hartlief, Hijma en Snijders geadviseerd om deze ‘blessuretijd’ te bepalen op twee jaar.²⁸¹

Toch biedt dit advies niet dé oplossing voor asbestslachtoffers. In de praktijk blijkt, naast gezichtspunt g, ook gezichtspunt c (verwijtbaarheid) voor aanzienlijke vertraging in de afhandeling van een geschil tussen een asbestslachtoffer en de aansprakelijk gestelde werkgever of verzekeraar te zorgen. Dit gezichtspunt is naar zijn aard vaag en daardoor vatbaar voor langdurige discussie, wat juist voor asbestslachtoffers die schadevergoeding wensen erg ongelukkig is. Immers, na de vaststelling van hun diagnose wacht hen doorgaans slechts een korte levensverwachting zodat zij derhalve, naast de medische lijdensweg, ook een juridische lijdensweg moeten ondergaan waarvan zij zelden het einde kunnen meemaken. De oprichting van het Instituut Asbestslachtoffers in 2000, waarmee bij uitstek werd beoogd om deze tweede lijdensweg te verkorten, heeft deze beoogde verandering helaas slechts in beperkte mate gerealiseerd.²⁸²

Het Van Hese-arrest heeft geleid tot de totstandkoming van een vijfde lid bij art. 3:310 BW, dat in werking is getreden per 1 februari 2004 en geen terugwerkende kracht heeft.²⁸³ Lid 5 vertoont veel gelijkenis met het Engelse verjaringsrecht voor beroepsziekten. Op grond van dit lid is de absolute verjaringstermijn ten aanzien van letselschade afgeschaft en vangt de relatieve verjaringstermijn van vijf jaar pas aan op de dag nadat de benadeelde (werknemer) bekend is geworden of redelijkerwijs bekend had kunnen zijn met zowel zijn letselschade (dag van ongeval, dag dat diagnose van een ziekte wordt meegedeeld) als de daarvoor aansprakelijke persoon (werkgever). Van belang is dat er op dat moment een redelijke mate van zekerheid bestaat dat er enige mate van schade is of zal komen; zekerheid over de omvang van de

²⁷⁹ Van Boom 2000, p. 64-65.

²⁸⁰ HR 26 november 2004, NJ 2006, 115, LJN AR3138 (De Jong/Optimodal): vijf jaar wachten na de diagnose alvorens te procederen geldt niet als voortvarend.

²⁸¹ Hartlief, Hijma & Snijders 2009a. Zie ook Hartlief, Hijma & Snijders 2009b p. 1557, waarin zij suggereren dat de door hen voorgestelde termijn van twee jaar geschorst kan worden voor de duur van het bemiddelingsproces door het Instituut Asbestslachtoffers.

²⁸² Vgl. Charlier 2008c en Van Dijk & Van Osch 2008, p. 378 e.v.

²⁸³ Stb. 2003, 495. Zie ook TK 1999-2000, 26 824, met name nr. 3 (MvT).

schade is op dat peilmoment niet van belang. Voor een minderjarig slachtoffer begint de verjaring pas door verloop van vijf jaar na de aanvang van de dag waarop hij meerderjarig is geworden, ook als hij al eerder bekend is geworden met zijn schade en de daarvoor aansprakelijke partij kent.

Let wel: in overeenstemming met art. 119b Overgangwet is lid 5 alleen van toepassing op toekomstige gevallen, dat wil zeggen schadeveroorzakende gebeurtenissen die vanaf 1 februari 2004 hebben plaatsgevonden. De peildatum betreft derhalve de veroorzaking of blootstelling, niet het eerst verschijnen van symptomen of de mededeling van de diagnose.²⁸⁴ Het zal daardoor nog lang duren voordat aan lid 5 veel praktische betekenis toekomt voor slachtoffers van ‘sluipende’ beroepsziekten.²⁸⁵

De destijds Minister van Justitie Korthals heeft er in de Memorie van Toelichting bij dit wetsvoorstel voor invoering van art. 3:310 lid 5 BW expliciet op gewezen dat bedrijfseffecten pas over ten minste twintig jaar na de inwerkingtreding van lid 5 merkbaar zullen zijn, zodat zowel werkgevers als verzekeraars (met het oog op hun polisvoorwaarden) “(...) een lange periode de tijd hebben om zich op het nieuwe recht voor te bereiden.”²⁸⁶ In dit licht is het ongelukkig dat de wetwijziging in brede maatschappelijke kringen wordt verondersteld een uiting van sympathie en praktische steun te zijn naar de huidige generatie asbestslachtoffers die zeer nadelig wordt getroffen door het huidige verjaringsrecht.²⁸⁷ Het tegendeel is veeleer waar: deze slachtoffers zijn feitelijk de enigen die niet van de wetwijziging profiteren.²⁸⁸ Ik merk hier als kanttekening op dat als ijkpunt voor de kenplicht van de werkgever voor asbestziekten doorgaans het in 1969 gepubliceerde proefschrift van J. Stumphius, getiteld ‘Asbest in een bedrijfsbevolking’, wordt gehanteerd.²⁸⁹ In de afronding van dit document roept Stumphius de Nederlandse overheid op om toch vooral wettelijke maatregelen te nemen om de werknemer te beschermen tegen de (feitelijke) gevolgen van asbestblootstelling. Wanneer hetzelfde ijkpunt wordt gehanteerd ten aanzien van de kennis van de wetgever over asbestziekten en -aansprakelijkheid, dan is het treurig om vast te stellen dat de wetgever bijna veertig jaar heeft gewacht om juridische maatregelen te treffen ten aanzien van de verjaringsproblematiek van werknemers die aan

²⁸⁴ Zie Stb. 2005, 340.

²⁸⁵ Vgl. Smeehuijzen 2006 en 2008.

²⁸⁶ TK 1999-2000, 26 824, nr. 3 5.

²⁸⁷ Suggesties om ten tijde van de herziening van het Burgerlijk Wetboek een speciale verjaringsregeling te treffen voor asbestslachtoffers en slachtoffers van vergelijkbare ziekten met een lange incubatieperiode hebben het destijds niet gehaald. Vgl. Reehuis en Slob 1990, p. 1408-1409 en MvA bij Handelingen II, 1992-1993, nr. 22 599, nr. 5, onder 4-6.

²⁸⁸ Vgl. Charlier 2008c, p. 1861.

²⁸⁹ Stumphius 1969.

asbestziekten lijden en zelfs dan slechts op een zodanige wijze, dat daar voor de eerstkomende decennia weinig betekenis voor asbestslachtoffers van zal uitgaan.²⁹⁰

Zolang de vordering tot schadevergoeding echter nog niet is verjaard (of een beroep daarop onaanvaardbaar wordt geacht), kan de werknemer de werkgever hiervoor aansprakelijk stellen.²⁹¹ Wanneer de werkgever zich heeft verzekerd tegen bedrijfsaansprakelijkheid, is dit zelfs mogelijk wanneer de werkgever al is gefailleerd. In 1997 heeft de Hoge Raad bepaald in de zaak Andeweg/RDM dat de werknemer aan de rechtbank mag verzoeken om de vereffening opnieuw te openen, zodat zijn vordering alsnog op de uitdelingslijst kan worden opgenomen. Dit is met name zinvol als de werkgever voorafgaande aan het faillissement een AVB-verzekering heeft gehad die (nog) tot een uitkering kan leiden.²⁹² Daarover nader in hoofdstuk 6 paragraaf 2.3.2.

7 Overgangsrecht

De introductie op 1 april 1997 van de nieuwe Titel 10 van Boek 7 van het Nieuw Burgerlijk Wetboek betekende de gelijktijdige vervanging van art. 7A:1638x

²⁹⁰ In de jaren volgend op de publicatie van Stumphius' proefschrift heeft de Nederlandse overheid diverse maatregelen getroffen om feitelijke blootstelling aan asbest op de werkplek te beperken, zoals het Asbestbesluit van 1 april 1977. In de praktijk stelde dit niet veel voor: deze maatregelen werden op ruime schaal genegeerd, zoals uit de hedendaagse jurisprudentie blijkt, of met ruimhartig verleende ontheffingen genegeerd, vgl. Sinninghe Damsté en Burdorf 2009, p. 32. De implementatie van de Europese Kaderrichtlijn van 27 november 1980 (80/1107/EEG, PB L 327 van 3 december 1980) werd pas in 1988 geïmplementeerd in de vorm van het Asbestbesluit Arbeidsomstandigheden. Een algeheel verbod op asbest dateert pas van 1 juli 1993 (Stb. 1993, 135. Ook de invoering van het Nieuw Burgerlijk Wetboek in 1992 was in dit opzicht geen verbetering: hierdoor werd een fatale verjaringstermijn van dertig jaar onder het oude recht vervangen door een verjaringstermijn van twintig jaar, die eerst na de nodige rechtszaken werd opgerekt tot dertig jaar – wat nog steeds te kort kan zijn voor een beroepsziekte met een incubatietermijn die langer kan zijn dan dertig jaar.

²⁹¹ Vgl. Ktr. Rotterdam 10 december 1999, Prg. 2000, 5424, LJN AJ0016 (El Hamdioui/Jan de Lange) waarin de vordering van een werknemer vanwege een in 1992 geleden arbeidsongeval wordt afgewezen, omdat hij eerst in 1999 de werkgever daarvoor aansprakelijk stelt. Een opmerkelijke uitzondering op de regel: Ktr. Deventer 6 januari 2000, JAR 2000/33, LJN AG2653 ('Verjaring arbeidsongeval'), waarin de rechter de vijfjarige verjaringstermijn negeert omdat hij het beroep daarop van de werkgever zwaar onfatsoenlijk vindt en derhalve in strijd met de maatstaven van redelijkheid en billijkheid jegens de werknemer, een psychisch beperkte man en het slachtoffer van meerdere arbeidsongevallen. Desondanks had de werkgever nooit de Arbeidsinspectie of de bijstand van de bedrijfsarts ingeroepen, die de werknemer op de schuld van zijn werkgever en de mogelijkheid van schadevergoeding hadden kunnen wijzen. De rechter overweegt ten overvloede dat de verjaringstermijn met slechts één jaar was overschreden, zodat de werkgever geen nadeel van betekenis voor zijn verweermogelijkheden had geleden.

²⁹² HR 31 oktober 1997, NJ 1998, 258, LJN ZC2480 (Andeweg/RDM).

oud-BW door art. 7:658 BW. De wetgever stond met deze wetswijziging slechts een codificatie van vaste jurisprudentie voor ogen en heeft daarom ten aanzien van dit artikel geen speciale overgangsregelingen getroffen in de vaststellingswet of de invoeringswet. In overeenstemming met de algemene regel van art. 68a Overgangswet heeft het artikel daarom onmiddellijke werking, zowel voor destijds reeds lopende²⁹³ als voor toekomstige procedures.²⁹⁴ De Hoge Raad heeft dit herhaaldelijk bevestigd.²⁹⁵

In de praktijk betekent dit, dat art. 7:658 BW ook met terugwerkende kracht kan worden toegepast op 'oude' gevallen van arbeidsongevallen en beroepsziekten.²⁹⁶ Dit is in het bijzonder gunstig voor de vele duizenden asbestslachtoffers in Nederland: zij kunnen hierdoor de bewijslastomkering van art. 7:658 lid 2 BW benutten, die niet was opgenomen in de redactie van art. 7A:1638x oud-BW.²⁹⁷

Terugwerkende kracht is echter niet in alle gevallen aan de orde, zoals wordt geïllustreerd in het arrest Lahjaji/Marcel Muyres.²⁹⁸ Hier speelt een casus, waarin een werknemer op grond van het recht ten tijde van zijn arbeidsongeval (25 april 1966) wel aanspraak kon maken op een uitkering op grond van de Ongevallenwet 1901 maar zijn werkgever (dus) niet civielrechtelijk aansprakelijk kon stellen voor zijn schade. Bij de Liquidatiewet ongevallenwet werden deze beperkingen van de civielrechtelijke aansprakelijkheid van de werkgever opgeheven. Lahjaji, die alsnog schadevergoeding van zijn (toenmalige) werkgever wenste, stelde dat de 'oude' regels van de Ongevallenwet buiten toepassing moesten worden gelaten omdat deze onverenigbaar zouden

293 Vgl. Rb. Den Haag 29 oktober 1997, L & S 1998/1 (A./G.), Rb. Utrecht 29 april 1998, JAR 1998/163, LJN AG2137 (Unigro/Dreijer) en Ktr. Gouda 26 november 1998, JAR 1999/20, LJN AG2467 (Hilgers/Groene Hart). Zie ook Van Dijk 1998, p. 174.

294 Uitzonderingen zijn mogelijk, vgl. art. 74 leden 3 en 4 Overgangswet NBW. Eerbiedigende werking doet zich voor indien een geding in hoogste feitelijke instantie in staat van wijzen verkeert (lid 3). Dit geldt ook voor een uitspraak die tot stand is gekomen vóór het van toepassing worden van de wet in een geding terzake van een cassatieberoep (lid 4), zoals zich onder meer voordeed bij HR 17 oktober 1997, NJ 1998, 241 (Bhoelai/Buttner), zie conclusie van A-G Bakels onder 3.1.

295 Respectievelijk HR 10 december 1999, NJ 2000, 211, LJN AA3837 (Fransen/Pasteurziekenhuis), bevestigd in HR 15 december 2000, NJ 2001, 252, LJN AA9051 (Van Merksteijn/Öztürk), HR 17 november 2000, NJ 2001, 596, LJN AA8369 (Unilever/Dikmans) en HR 23 juni 2006, NJ 2006, 354, LJN AW6166 (Havermans/Luyckx); zie ook Hendrix 2000, p. 25 e.v. en Lunsingh Scheurleer 1997, p. 659.

296 HR 10 december 1999, NJ 2000, 211, LJN AA3837 (Fransen/Pasteurziekenhuis), bevestigd in HR 15 december 2000, NJ 2001, 252, LJN AA9051 (Van Merksteijn/Öztürk) en nogmaals in HR 17 november 2000, NJ 2001, 596, LJN AA8369 (Unilever/Dikmans); zie ook Hendrix 2000, p. 25 e.v.

297 Vgl. Rb. Utrecht 19 januari 2000, JAR 2000/59, LJN ZL0942 (Schoofs/Brouwer).

298 HR 19 februari 1999, NJ 1999, 428, LJN ZC2856 (Lahjaji/Marcel Muyres).

zijn met meer moderne rechtsopvattingen. Dit standpunt werd echter door de Hoge Raad geheel van tafel geveegd met het argument dat de wetgever zich ten tijde van de wetswijzigingen nadrukkelijk had gebogen over het antwoord op de vraag, of ook voor arbeidsongevallen die zich hadden voorgedaan vóór de intrekking van de Ongevallenwet, aansprakelijkheid zou bestaan overeenkomstig het nieuwe civiele recht. De conclusie van de regering was echter een duidelijk ‘neen’, de gelijkkluidende bepaling in art. 38a lid 1 Liquidatie ongevallenwetten strekte slechts ertoe om ‘op dit punt iedere onzekerheid weg te nemen’.²⁹⁹ Hieraan voegde de Hoge Raad toe dat, volgens de toen geldende opvattingen, als vanzelfsprekend werd beschouwd dat ongevallen werden beheerst door de ten tijde van de ongeval geldende regeling, in casu derhalve de Ongevallenwet.³⁰⁰ De Hoge Raad maakte de redenering af met het besluit dat noch huidige rechtsopvattingen noch toepassing van art. 68a Overgangswet Nieuw Burgerlijk Wetboek tot een ander resultaat kunnen leiden.

Let wel: de onmiddellijke werking heeft geen betrekking op art. 7:658 lid 4 BW. Dit lid is pas op 1 januari 1999 in werking getreden. De kring van gelaedeerde uitzendkrachten, stagiaires, vrijwilligers, etc. is daardoor nog steeds genoodzaakt om een vordering tot schadevergoeding te baseren op art. 6:162 BW indien de feiten, waarop de vordering is gebaseerd, hebben plaatsgevonden vóór 1 januari 1999.³⁰¹

Deze overgangsregeling geniet geen onverdeelde bijval. Zo wijst bijvoorbeeld Van Dijk in dit kader op het merkwaardige feit dat een werkgever vóór 1 april 1997 in het algemeen niet in rechte aansprakelijk was als de toedracht van een arbeidsongeval in rechte onduidelijk bleef, maar dat hij vanaf deze datum – dus bijvoorbeeld midden in een gerechtelijke procedure – ineens met een verzwaarde bewijslast is geconfronteerd die wel degelijk tot aansprakelijkheid zijnerzijds kan leiden.³⁰² Dit doet in zijn opvatting geen recht aan het beginsel van ‘eerbiediging van verkregen rechten’. Hier staat tegenover dat deze consequentie van de overgangsregeling vanuit procesrechtelijk oogpunt menig slachtoffer van bijvoorbeeld een latente beroepsziekte uit een positie van benarde bewijsnood heeft bevrijd.

299 TK 1966-1967, 8636, nr. 18, p. 3.

300 In dezelfde strekking HR 8 januari 1960, NJ 1960, 127 (Daalder/Zandbergen) en HR 20 juni 1969, NJ 1969, 374, LJN AD8001 (Zitman/De Nieuwe).

301 Vgl. HR 30 januari 2004, NJ 2005, 235, LJN AN8601 (Van Kimmenade/Waijers) en HR 12 november 2004, NJ 2005, 552, LJN AP0965 (Schulte/KCA Deutag), vervolgd in HR 23 november 2007, LJN BB7191 (Schulte/KCA Deutag).

302 Van Dijk 1998, p. 174.

8 Conclusies

Art. 7:658 BW heeft twee functies. Ten eerste plaatst het een zware zorgplicht voor de veiligheid en gezondheid van de werknemer op de schouders van de werkgever. Deze zorgplicht vloeit voort uit de sociaal-economische situatie van de werkgever jegens zijn werknemer, zijn zeggenschap over de werkgever en de werkplek, en zijn bevoegdheid om de werknemer aanwijzingen te geven over diens werkzaamheden. Ook de omstandigheden dat de werkgever de arbeidsrisico's voor een belangrijk deel heeft gecreëerd en dat er sprake is van een winststreven, spelen hier mee. Ten tweede kan de gelaedeerde werknemer aan deze bepaling een expliciet vorderingsrecht tot schadevergoeding vanwege een arbeidsongeval of een beroepsziekte ontleenen.

Formeel betreft art. 7:658 BW een schuldaansprakelijkheidsregeling. De Hoge Raad benadrukt dit veelvuldig door aan te geven dat deze zorgplicht geen absolute waarborg biedt aan de werknemer voor zijn veiligheid en gezondheid. De eisen die aan de werkgever worden gesteld, zoals in het kader van zijn bewijsrechtelijke verplichtingen en zijn onderzoek-, instructie- en toezichtplicht, gaan echter zo ver dat de risicoaansprakelijkheid in de praktijk toch dicht in de buurt komt. Daarbij blijkt evenwel dat art. 7:658 BW van oudsher overwegend is geënt op arbeidsongevallen: zo kunnen bewijsrechtelijke kwesties die ten aanzien van arbeidsongevallen geheel uitgekristalliseerd zijn, in relatie tot beroepsziekten nog de nodige problemen geven. De asbestziekte mesothelioom blijkt in die zin bij uitstek als katalysator te werken.

Om recht te doen aan art. 7:658 BW in een moderne arbeidscontext heeft de rechterlijke macht typerende woorden en begrippen van dit wetsartikel aanmerkelijk in betekenis doen uitdijen, zoals werkgever, werknemer, lokaal, schade, zeggenschap, etc. Gelijktijdig staan ook klassieke uitgangspunten onder vuur, zoals het principe van de 'alles of niets'-schadevergoeding en de absolute verjaring. Andere aspecten van art. 7:658 BW in de invulling van het moderne arbeidsleven zijn nog in het geheel niet uitgekristalliseerd, zoals de aansprakelijkheid van de werkgever voor de telewerkende werknemer die vanuit zijn woning werkt en de werknemer die het slachtoffer wordt van een 'alledaags' ongeval. Zeggenschap van de werkgever en privacy van de werknemer, eigen verantwoordelijkheid en eigen schuld botsen hier met elkaar; hoe deze verhoudingen zich uiteindelijk zullen ontwikkelen, ligt nog in het verschiet.

Al met al kan worden gesteld dat art. 7:658 BW zich in een staat van snelle ontwikkeling bevindt, waarvan het einde nog niet in zicht is.

DEEL II

4 Arbeidsongevallen en beroepsziekten naar Belgisch recht

1 Historische ontwikkeling

Net als in Nederland heeft ook in België de industriële revolutie de aanzet gegeven tot de eerste sociale wetgeving. Dit wetgevingsproces kwam slechts langzaam op gang: ook bij onze zuiderburen heerste halverwege de negentiende eeuw de algemeen aanvaarde liberalistische filosofie dat de wetgever zich afzijdig behoorde te houden van interventie in de arbeidsrelatie tussen de werkgever en de werknemer. Zo verwierp het Hof van Cassatie nog tegen het einde van de voorlaatste eeuwwisseling het argument van Sainctelette dat de werkgever een contractuele verplichting had jegens de arbeider om diens arbeidskracht in gave staat terug te 'geven'.¹ Ook in België drong langzaam het maatschappelijk besef door dat de massale concentraties van stedelijke arbeiders, gehuisvest in erbarmelijke omstandigheden en verstoken van hygiëne en goede voeding, een eenvoudige prooi vormden voor besmettelijke ziekten als terving en tyfus en dat, alsof dit niet erg genoeg was, zij ook nog door de slechte arbeidsomstandigheden het slachtoffer werden van ernstige arbeidsongevallen en beroepsziekten.

In het verlengde van de erkenning van deze maatschappelijke realiteit volgde langzaam het inzicht dat de politiek van economische vrijheid de arbeiders had gereduceerd tot een miserabele en afhankelijke positie waaruit zij zichzelf niet konden bevrijden. Dit besef werd nog verscherpt door het inzicht dat het civiele recht de gelaedeerde arbeider als eisende partij zelden soelaas kon bieden, al kwam hem dit naar alle normen van redelijkheid en billijkheid nog zo toe.² Veel meer bijstand dan wat incidenteel door rijke lieden, liefdadigheidsverenigingen en arbeidsorganisaties opgerichte 'arbeidskassen en -beurzen' werd verstrekt, mocht een Belgische arbeider omstreeks 1850

¹ Van Langendonck 1994, p. 284.

² Met name de artt. 1382 e.v. van het Belgische Burgerlijk Wetboek. Vgl. Van Eeckhoutte 2000, p. 21.

niet verwachten.³ Een grote uitzondering was het Keizerlijk Decreet van 26 mei 1813 tot oprichting van een voorzorgskas voor de mijnwerkers in het departement van de Ourthe⁴; dit was de eerste sociale verzekering van overheidswege.

De rampjaren 1847-1848, waarin België werd geteisterd door mislukte oogsten, een hongersnood en een grote tyfusepidemie, vormden voor de overheid aanleiding om de ontwikkeling van de onderlinge verzekeringskassen aan te moedigen. Ook probeerde zij tegelijkertijd enige greep daarop te krijgen door de eerste wetten aan te nemen tot controle van dezelfde verzekeringskassen.⁵ Daarnaast ging de regering over tot steun en subsidiëring van de verzekeringskassen, wat later de door Versteylen “gesubsidieerde vrijheid” zou worden genoemd.⁶ Erg vruchtbaar schijnt die echter niet te zijn geweest.

Na de economische crisis van 1886 gingen steeds meer arbeiderskassen zich verenigen en ‘syndicaties’ vormen. Dit werd met argusogen bekeken door de overheid. Enerzijds was deze aantoonbare spaardrift en onderlinge zorgzaamheid natuurlijk zeer bevorderlijk voor de morele ontwikkeling van de arbeidersstand, maar anderzijds werden de relaties tussen de arbeiderskassen en de vakbonden gewantrouwd.⁷ De administratieve kwaliteiten van de bestuurders van de arbeiderskassen kwamen soms ook in opspraak.⁸

Langzaam groeide de maatschappelijke overtuiging dat een verlangen om de onderspitpositie van de arbeider te verbeteren niet kon worden overgelaten aan de economische machten, maar dat hiertoe slechts specifieke wettelijke maatregelen verbetering konden brengen. Dit gaf aanleiding tot de invoering van wettelijke maatregelen als de afschaffing van betaling van lonen in natura en de beperking van de kinder- en vrouwenarbeid.⁹ Een belangrijke ontwikkeling in dit kader was de wet van 17 april 1878¹⁰, die de gelaedeerde arbeider in staat stelde om zijn werkgever strafrechtelijk aan te

3 Vermeesch 1909, p. 262-263 en Van Steenberghe 1977, p. 185. Zie ook Van Langendonck 1994, p. 41.

4 Vgl. Hansoul 1970, p. 571-573.

5 Vgl. de Wet 8 mei 1850 tot oprichting van de Algemene Lijfrentekas en de Wet 3 april 1851 op de coöperatieve maatschappijen, waarin rechtspersoonlijkheid werd verleend aan ‘maatschappijen van onderlinge bijstand’, het instellen van eretekens en premies voor goed beheerde kassen, etc. Vgl. Van Steenberghe 1977, p. 184-186 en Chlepner 1972, p. 35-36

6 Ter gelegenheid van het wetsontwerp tot verzekering tegen ziekte, vroegtijdige invaliditeit en ouderdom, Parl. Doc., Kamer zitting 1913-914 nr. 86, p. 245.

7 Chlepner 1972, 132.

8 Crémer 1964, 1, p. 18

9 Van Langendonck 1994, p. 43.

10 Belgisch Staatsblad, 25 april 1878.

klagen wegens onvrijwillig letsel en zich in een dergelijke strafzaak als civiele partij te voegen om schadevergoeding te verkrijgen. Van deze wet werd in toenemende mate gebruik gemaakt, wat de werkgevers als groep in evenredige mate in een kwaad daglicht stelde. Naar aanleiding van een suggestie van koning Leopold II werd in 1890 zelfs een steunfonds opgericht voor de slachtoffers van arbeidsongevallen.¹¹ Maar in de praktijk was het effect van deze ontwikkelingen zo bescheiden dat een gerechtelijke erkenning van enig recht op vergoeding van de door de arbeider geleden schade in de regel een illusie was.

Deze ontwikkelingen leidden er uiteindelijk toe dat, na twintig jaar maatschappelijk debat en het overwinnen van enig verzet in het Belgische Parlement, omwille van de sociale vrede de Wet betreffende de vergoeding der schade voortspuitende uit de arbeidsongevallen werd aangenomen op 24 december 1903. In deze wet werd gebroken met het tot dan toe heersende juridische principe van aansprakelijkheid in overeenstemming met verantwoordelijkheid; voortaan zou men als uitgangspunt hanteren dat ongevallen inherent zijn aan het productieproces.

Deze fundamentele gedachte leidde logischerwijze tot de aanvaarding van het beginsel van het *risque professionnel*, wat – nog steeds – inhoudt dat een arbeidsongeval het gevolg is van handelingen die aannemelijk zijn verricht ten bate van de onderneming. Vanuit die visie wordt het redelijk geacht dat de daadwerkelijke verwezenlijking van een risico dat met zo'n handeling is gemoeid ten laste van de onderneming komt. De kwestie van schuld (-verdeling) had – en heeft – hiermee haar relevantie verloren, waardoor in één keer het civiele werkgeversaansprakelijkheidsrecht terzijde werd geschoven. Dit betekent enerzijds voor de gelaedeerde arbeider dat hij sindsdien is bevrijd van de zware bewijslast om de fout van de werkgever aan te tonen en anderzijds voor de Belgische werkgever en de collega-werknemers dat zij 'burgerlijke immuniteit' (verankerd in art. 46 Arbeidsongevallenwet) genieten en zo in beginsel gevrijwaard zijn van aansprakelijkheid voor arbeidsongevallen.

Ter compensatie van deze royale geste van de wetgever werd de aan gelaedeerde arbeider toe te komen schadevergoeding op forfaitaire grondslag vastgesteld. Dit betekent – eveneens tot op heden – dat de vergoeding alleen betrekking heeft op specifieke, in de wet genoemde posten (samengevat: de beroepsactiviteiten van de werknemer) en dit slechts ter hoogte van het forfaitaire bedrag

¹¹ De zgn. Kas voor Voorzienigheid en Bijstand, ingevolge de Wet van 21 juli 1890, vgl. Cordy 1967, p. 938. Zie ook Van Gossum 2002, p. 7-8.

(‘basisloon’). In de praktijk betekent dit dat de forfaitaire schadevergoeding in veel gevallen niet volledig aan de werkelijke schade tegemoet zal komen. De vergoeding komt slechts ten goede aan degenen die hiertoe limitatief door de wetgever zijn aangewezen.

In de wet van 24 december 1903 werd de last van de vergoeding evenredig verdeeld tussen de werkgever (kapitaal) en de arbeider (arbeid) zodat beiden hier 50% van de aansprakelijkheid moesten dragen. De ratio van deze verdeling was gelegen in de schatting dat werkgevers en arbeiders ieder voor circa 25% verantwoordelijk waren voor het ontstaan van arbeidsongevallen, terwijl de resterende 50% werd bepaald door ‘pech’ waarvoor niet een specifieke verantwoordelijke was aan te wijzen. De arbeider profiteerde van deze regeling doordat hij bij ieder arbeidsongeval dat aan de wettelijke normen voldeed een vergoeding kreeg van 50%, ongeacht de schuldverdeling. Anderzijds kreeg de arbeider ondanks de omvang en ernst van zijn schade niet meer dan deze 50%, ook al zou hij wél in staat zijn om de schuld van zijn werkgever te bewijzen.

In de loop der jaren kwamen er steeds meer wettelijke bepalingen op dit gebied. Zo werd het adreessaat van deze wet steeds meer uitgebreid.¹² De oorspronkelijke wet had namelijk alleen betrekking op arbeiders in industriële en gemechaniseerde bedrijven en sloot daarmee de landarbeiders, de arbeiders in handelsbedrijven en de bedienden uit. Ook het toepassingsgebied werd verbreed doordat niet alleen ongevallen op de werkplek maar ook ongevallen op de weg van en naar het werk werden inbegrepen.¹³ In de crisisjaren van 1929-1930 werd het percentage verschoven naar 66%¹⁴ ten laste van de werkgever om tenslotte 100% van het wettelijke basisloon te bereiken in 1951.¹⁵

In 1967 werd bovendien een Fonds voor Arbeidsongevallen ingesteld, wat nog steeds functioneert. Naast een algemene, toezichthoudende rol op de verzekeringsovereenkomst tussen werkgever en verzekeraar fungeert dit Fonds als vangnet voor de werknemer wanneer de werkgever heeft verzuimd aan zijn wettelijke verplichting te voldoen om de werknemer tegen arbeidsongevallen te verzekeren.¹⁶ Hierdoor staat het slachtoffer in een dergelijk geval niet financieel in de kou.

12 De Wet van 18 juni 1930 verklaarde de wettelijk verplichte verzekering van toepassing op vrijwel alle arbeiders en de meeste categorieën van bedienden. In 1971 wordt de Arbeidsongevallenwet ook toepasselijk verklaard op personen die ‘occasionele’ arbeid verrichten, studenten, seizoenarbeiders en dienstboden; zie art. 1, K.B. 25 oktober 1971, Belgisch Staatsblad 4 november 1971.

13 Zie Belgisch Staatsblad 16 februari 1946 en art. 8 lid 1 Arbeidsongevallenwet.

14 Wet van 15 mei 1929.

15 Van Langendonck 1994, p. 286.

16 Zie artt. 49, 57 en 58 Arbeidsongevallenwet.

Deze ontwikkelingen leidden ertoe dat op 10 april 1971 een nieuw, herzien wetsontwerp werd aanvaard wat tot de unificatie en modernisering van een verscheidenheid aan wetgeving op dit rechtsgebied moest leiden. Deze Arbeidsongevallenwet, die tot op heden van toepassing is, heeft sindsdien twee nieuwe elementen. Ten eerste wordt het sociaalzekerheidsrechtelijke aspect sterk benadrukt door de werkgever een dwingendrechtelijke verzekeringsplicht ten behoeve van de werknemer op te leggen. Hiermee wordt beoogd om de werknemer een financiële waarborg te bieden die onafhankelijk is van de solvabiliteit van de werkgever, wanneer het beroepsinkomen als gevolg van een arbeidsongeval zou verminderen. Ten tweede beschikt het slachtoffer voortaan over een rechtstreekse vordering tegen de verzekeraar. Het is daardoor niet (langer) de verantwoordelijkheid van de werkgever om schadevergoeding te betalen, maar die van de verzekeringsinstelling. Maar een gelijkschakeling met de sociale zekerheid is op dit punt niet beoogd: de premie wordt geheel door de werkgever betaald en hij mag de verzekering naar eigen keuze bij een daartoe gemachtigde particuliere verzekeraar of bij een openbare verzekeringsinstelling afsluiten.¹⁷ Op deze wijze heeft de Arbeidsongevallenwet een dubbele rechtsverhouding gecreëerd, namelijk een contractuele relatie tussen de werkgever en de verzekeraar enerzijds en een dwingendrechtelijke ('indemnitaire') verhouding tussen de rechthebbende(n) van de uitkering en de verzekeraar anderzijds.¹⁸

Van een rustig bezit is echter geen sprake. Hoewel de Arbeidsongevallenwet van 10 april 1971 nog steeds van kracht is, blijft zij onderhevig aan voortdurende verandering. Er is nauwelijks een serie artikelen in te vinden die in de laatste decennia niet onderhevig is geweest aan de invloed van de tijdsgeest, de sociale vooruitgang, maatschappelijke inzichten of politieke visies, de wisselwerking met verwante (Europese) wetgevingen, budgettaire aanpassingen en de uit dit alles voortvloeiende amenderingen, aanvullingen, opheffingen, vervangingen, etc.¹⁹ Hiermee wordt echter niet gesuggereerd dat een 'rustig bezit' een wenselijke eigenschap zou zijn: eerder kan het tegendeel worden verdedigd. De Arbeidsongevallenwet heeft getoond zich voortdurend op verdienstelijke en flexibele wijze aan te kunnen passen aan de eisen van de tijd.

Na de totstandkoming van de Arbeidsongevallenwet werd op maatschappelijk niveau aangedrongen op een soortgelijke regeling voor beroepsziekten. In navolging hiervan werd in 1925, nadat aanbeveling nr. 25 van de Inter-

¹⁷ Art. 49 Arbeidsongevallenwet.

¹⁸ Vgl. Vandeur 1973, p. 9-15, Van Langendonck 1994, p. 283 e.v. en Van de Velden & Schamp 1981, p. 1-3.

¹⁹ De omvang en strekking van deze dissertatie staan niet toe hier nader op in te gaan. Vgl. Van Gossum 2002, p. 9-11 geeft een aardige en beknopte weergave van een en ander.

ationale Arbeidsconferentie in 1925 was verschenen, in politieke kringen besloten dat de tijd rijp was voor de invoering van een beroepsziekteverzekering.²⁰ Eerst werd nog de algemene conventie van de Internationale Arbeidsorganisatie geratificeerd, waarbij in conventie nr. 18 de schadevergoeding van beroepsziekten werd geregeld. Maar in 1927 was het dan zo ver dat België kon prijken met een eigen wettelijke regeling voor de schadeloosstelling en preventie van beroepsziekten: de Beroepsziektenwet.²¹ Daarbij werd het systeem van de Arbeidsongevallenwet van 1903 als voorbeeld gehanteerd, waarbij alle werkgevers werden verplicht tot een gelijke ‘solidariteits’-bijdrage, ongeacht het specifieke bedrijfsrisico. Dit initiatief werd beschouwd als “een mijlpaal in de ontwikkeling van de schadeloosstelling van beroepsziekten”. Wellicht was dit lichtelijk overdreven gelet op het feit dat de Beroepsziektenwet niet méér regelde dan forfaitaire vergoedingen voor een zgn. ‘gesloten’ lijst van slechts drie ziekten: kwikvergiftiging, loodvergiftiging en miltvuur. Dit geldt te meer daar de belangrijkste boosdoener van destijds, mijnwerkerssilicose, geheel buiten schot bleef. Uitsluitend slachtoffers van deze drie beroepsziekten konden in aanmerking komen voor een schadeloosstelling; slachtoffers van andere ziekten hadden vanwege de immuniteit van de werkgever geen enkel verhaalsrecht. Geleidelijk aan werd de lijst van erkende beroepsziekten echter uitgebreid, met name bij wet van 24 december 1963.

Achter het principe van de beroepsziektenlijst schuilt de gedachte dat het moeilijk is om een sluitende definitie van het begrip ‘beroepsziekte’ te geven. Het is juridisch gezien een zware opgave om het causaal verband aan te tonen tussen de symptomen van een ziekte en de uitoefening van een bepaald beroep, ook al lijkt een relatie tussen beiden aannemelijk op grond van de omstandigheden van het geval. Om deze reden en in navolging van IAO-verdrag nr. 121 heeft de Belgische wetgever gekozen voor de relatieve eenvoud van een lijst van erkende beroepsziekten; werd – en wordt – bij de werknemer een ziekte gediagnosticeerd die tot deze lijst behoort, dan komt hij op grond daarvan in aanmerking voor een schadeloosstelling. Het evidente nadeel van een lijst ligt echter in de bijna onontkomelijke omstandigheid dat de opsomming van ‘erkende’ beroepsziekten achter zal lopen bij de medisch-wetenschappelijke ontwikkelingen.

Dit systeem is zonder enige verdere verandering van belang gehandhaafd tot de invoering van art. 100 van de programmawet van 29 december 1990. In

²⁰ Van Steenberghe 1977, p. 204-205.

²¹ Aldus de doelstelling van de Beroepsziektenwet, cf. art. 1.

deze wet werd, in navolging van EU-aanbevelingen²², het ‘gesloten’ karakter van de beroepsziektelijst enigszins losgelaten door te bepalen dat voortaan ook slachtoffers van niet op de lijst opgenomen ziekten schadeloos gesteld kunnen worden, mits hun ziekte een ‘rechtstreeks en determinerend’ gevolg is van de uitoefening van hun beroep.²³ De bewijsplicht voor degenen die een beroep doen op het open systeem berust echter geheel bij de gelaedeerde werknemer of diens rechthebbenden. Deze combinatie tussen een gesloten lijst en een ‘open’ systeem wordt het gemengd systeem genoemd.

2 De aansprakelijkheid van de werkgever voor arbeidsongevallen

2.1 Inleiding

De Arbeidsongevallenwet van 10 april 1971 beoogt in essentie om de werknemer als slachtoffer van een arbeidsongeval te voorzien in de vergoeding van de materiële schade die het gevolg is van lichamelijke en/of geestelijke letsels voortvloeiend uit een arbeidsongeval.²⁴ Hiertoe zijn de regels van het civiele recht terzijde gezet zodat de werknemer geen fout of tekortkoming in de zorgplicht jegens hem behoeft aan te tonen. Tegelijkertijd genieten de werkgever en de collega-werknemers ‘burgerlijke immuniteit’, zodat zij niet op grond van het civiele recht door het slachtoffer kunnen worden aangesproken op schadevergoeding. In plaats daarvan richt het slachtoffer van een arbeidsongeval zich tot de verzekeraar van zijn wettelijk verplicht verzekerde werkgever, die hem een naar wettelijke voorschriften genormeerde (‘forfaitaire’) arbeidsongevallenvergoeding verstrekt. Het ‘wisselgeld’ voor het bewijsrechtelijke voordeel schuilt in de hoogte van de vergoeding: deze is lager dan wat krachtens het civiele recht verschuldigd zou zijn.

In tegenstelling tot het Nederlandse recht is daarmee de aard – of zelfs het bestaan – van de tekortkoming in de zorgplicht van de werkgever irrelevant

22 Vgl. een IAO-conventie van deze strekking in 1964 en de aanbevelingen van de EG van 23 juli betreffende een Europese lijst van beroepsziekten, PB. 31 augustus 1962, en van 20 juli 1966 betreffende de voorwaarden voor het vergoeden van slachtoffers van beroepsziekten, PB 9 augustus 1966.

23 Art. 30bis Beroepsziektenwet. In navolging van de aanbevelingen van de Europese Commissie van 22 mei 1990 (90/326/EEG, Pb. L nr. 160/39 van 26 juni 1990), die voortbouwen op de aanbevelingen van 23 juli 1962 en 20 juli 1966, waarin het beginsel van een open systeem al voorzichtig wordt gepropageerd.

24 De integrale en courante Arbeidsongevallenwet kan worden gevonden op de officiële website ‘Juridat’ van de Belgische rechterlijke macht (www.cass.be) door in de rubriek ‘wetgeving’ de gegevens in te vullen van de afkondigingsdatum van de Arbeidsongevallenwet van 10 april 1971 (1971-10-04).

geworden: in Belgische handboeken over de civielrechtelijke aansprakelijkheid van de werkgever voor arbeidsongevallen komt het onderwerp ‘zorgplicht’ zelfs niet of nauwelijks voor, behoudens in de context van de controle van de werkplaatsen door de Belgische Arbeidsinspectie.

De bepalingen van de Arbeidsongevallenwet die de voorwaarden vaststellen voor het bestaan van een arbeidsongeval zijn van openbare orde.²⁵ Het dwingende karakter van deze bepalingen verplicht de werkgever bijvoorbeeld om een verzekering ten behoeve van de werknemer af te sluiten. Alleen de overheid is hiervan uitgezonderd en mag optreden als haar eigen verzekeraar; insolventie van de overheid is immers niet gauw aannemelijk. Ook mag niet in bijzondere overeenkomsten ten nadele van de belangen van de gelaedeerde werknemer worden afgeweken.²⁶

2.1 *Uitgangspunten van de Arbeidsongevallenwet*

2.1.1 *Algemene definitie van een arbeidsongeval*

In art. 7 lid 1 Arbeidsongevallenwet wordt een arbeidsongeval zeer ruim omschreven als ‘elk ongeval dat een werknemer tijdens en door het feit van de uitvoering van de arbeidsovereenkomst overkomt en dat een letsel veroorzaakt’. In de jurisprudentie is aan dit begrip nadere invulling gegeven. Een meer hedendaagse definitie van een arbeidsongeval luidt als ‘een plotse gebeurtenis die een lichamelijk of mentaal letsel veroorzaakt of mede veroorzaakt met als gevolg de dood of arbeidsongeschiktheid of ten minste medische kosten, die voorvalt tijdens en door het feit van de uitvoering van de arbeidsovereenkomst’.²⁷

2.1.2 *De vijf basisvoorwaarden van een arbeidsongeval*

Om aanspraak te mogen maken op de forfaitaire vergoeding uit hoofde van de Arbeidsongevallenwet dient de gelaedeerde werknemer aan vijf basisvoorwaarden te voldoen, welke achtereenvolgens in deze paragraaf zullen worden toegelicht. Kort gezegd moet:

- 1) de werknemer onder de werking van de Arbeidsongevallenwet vallen;
- 2) er tussen hem en de wederpartij een arbeidsovereenkomst bestaan;
- 3) sprake zijn van letsel;
- 4) het letsel te wijten zijn aan een ongeval;

²⁵ Arbh. Luik 4 oktober 1999, De Verz. 2000, 330, p. 50.

²⁶ Art. 6 lid 2 Arbeidsongevallenwet; Cass. 26 februari 1975, AC 1975, 729 (Verenigde Provinciën/Schuller); Van Eeckhoutte 1990, p. 1223-1228.

²⁷ Cass. 28 mei 1979, RW 79-80, 1028 en Cass. 1 april 1985, BTSZ 1985, 9-10. Heel uitvoerig: Petit 2005, p. 61 e.v.

- 5) het ongeval hebben plaatsgevonden in de loop van de uitvoering van de arbeidsovereenkomst.

Het *eerste* vereiste houdt in dat de Arbeidsongevallenwet van toepassing moet zijn op de gelaedeerde persoon.²⁸ De Belgische wetgever heeft uitdrukkelijk als uitgangspunt beoogd dat iedereen die, geheel of gedeeltelijk, onder de wetgeving van de sociale zekerheid valt – dat wil zeggen: werkgever, werknemer of daarmee gelijk te stellen persoon, mijnwerker, reder met exploitatie van zijn eigen schip of zeeman – aanspraak kan maken op de bescherming van de Arbeidsongevallenwet.²⁹ Een bijzondere positie wordt ingenomen door ambtenaren en militairen, zoals politieagenten, personen in statutaire dienst van de Belgische Spoorwegen, boswachters, brandweer, et cetera.³⁰ Voor hen geldt de Arbeidsongevallenwet voor zover niet een specifiek op hen gerichte arbeidsongevallenregeling van toepassing is.

De Arbeidsongevallenwet is niet van toepassing op beoefenaars van vrije beroepen, zelfstandigen, bestuurders van maatschappijen en werklozen.³¹

Het *tweede* vereiste betreft het aantoonbare bestaan van een arbeidsovereenkomst, waarvan het bewijs door alle rechtsmiddelen mag worden geleverd. Essentieel voor het aannemen van een arbeidsovereenkomst is het bestaan van ondergeschiktheid jegens de werkgever. Het is een uitgekristalliseerd aspect van de jurisprudentie dat een gezagsverhouding reeds wordt aanvaard, indien sprake is van een ‘beperking in de persoonlijke vrijheid’ van de werknemer. Het enkel kunnen aantonen dat de gelaedeerde werknemer onder de bescherming van de sociale zekerheid valt, is niet voldoende om het bestaan van een arbeidsovereenkomst aan te nemen.

De arbeidsovereenkomst behoeft niet noodzakelijk schriftelijk te zijn vastgelegd. Zij kan ook mondeling zijn overeengekomen of uit de aard van de verhouding tussen X en Y en de feitelijke omstandigheden voortvloeien. Wanneer echter in het geheel geen recht van toezicht kan worden geconstrueerd, vindt de Arbeidsongevallenwet geen toepassing. Dit werpt moeilijkheden op ten aanzien van hooggekwalificeerde personen die naar de aard van hun arbeid zonder toezicht werken, zoals kapiteins, piloten, ingenieurs en journalisten. Dit wordt in de praktijk echter opgevangen doordat niettemin een

28 Vgl. Arbitragehof nr. 31/2001, 1 maart 2001, B.S. 17 mei 2001. Het begrip ‘rechthebbende’ in art. 46 Arbeidsongevallenwet heeft alleen betrekking op de personen als bedoeld in de artikelen 12 tot 17 van deze wet.

29 Artt. 1, 2 en 3 Arbeidsongevallenwet.

30 Art. 4 Arbeidsongevallenwet; vgl. Persyn, Janvier & Van Eeckhoutte 1990, p. 1215-1217.

31 Vgl. Van Gossum & Van Molle 1991, p. 20.

gezagsverhouding wordt aangenomen tussen henzelf en de werkgever, ongeacht het feit dat zij in meer of mindere mate uit hoofde van hun bijzondere kennis of vaardigheid of de aard van hun beroep een zekere professionele zelfstandigheid genieten.

In geval van gedetacheerde werknemers die bij een inlenende werkgever door een ongeval getroffen worden, moet onderzocht worden met welke werkgever – de uitlener of de inlener – de uitgeleende werknemer een arbeidsovereenkomst heeft gesloten. Het is immers diens verzekeraar die voor de uitbetaling van de vergoeding uit hoofde van de Arbeidsongevallenwet verantwoordelijk is. Daar in de praktijk de arbeidsovereenkomst met de uitlenende werkgever gehandhaafd blijft en de uitgeleende werknemer geen arbeidsovereenkomst met de inlenende werkgever sluit, is het vrijwel altijd de verzekeraar van de uitlenende werkgever die gedupeerd wordt met de aansprakelijkheid voor de uitbetaling van de vergoeding, ook al heeft de gelaedeerde werknemer feitelijk onder het gezag van de inlenende werkgever gewerkt en heeft het ongeval onder diens toezicht plaatsgevonden. (Uiteraard kan de verzekeraar van de uitlenende werkgever, wanneer hij zich gehouden ziet tot het uitbetalen van de wettelijk schadevergoeding, zich wel verhalen op de inlenende werkgever.³² Dit regardeert de gelaedeerde werknemer niet.)

Dit werkt ook verder door: uit de veronderstelling dat het uitzendbureau gezag over zijn uitzendkrachten uitoefent krachtens de arbeidsovereenkomst, volgt dat deze daardoor als werkgever kan worden aangemerkt.³³ Dit betekent dat de feitelijke werkgever/inlener in de context van de Arbeidsongevallenwet slechts als een derde wordt beschouwd, die zich niet kan beroepen op de burgerlijke immuniteit van de werkgever.³⁴

Ten aanzien van handelsvertegenwoordigers geldt een wettelijk vermoeden van het bestaan van een arbeidsovereenkomst, hetgeen echter door bewijs van het tegendeel weerlegd kan worden. Als ‘werkgever’ wordt dan aangemerkt de persoon in wiens naam en voor wiens rekening zij optreden.³⁵ Werknemers die een beroep leren in het kader van een leerovereenkomst (‘leerjongens’) en leerlingen in technische scholen worden uitdrukkelijk door de Arbeidsongevallenwet beschermd, daar zij naar Belgische rechtsopvattingen strikt gesproken geen arbeidsovereenkomst hebben of onder enig stelsel van

³² Kh. Gent 22 februari 1995, TGR 1995, 211.

³³ Expliciet Hof van Beroep Gent 30 juni 1994, TBBR 1996, 225; zie ook Hof van Beroep Gent 22 september 1995, AJT 1995-96, 309.

³⁴ Vgl. Van Regenmortel & Vervliet 2003, p. 116.

³⁵ Art. 85 Arbeidsongevallenwet.

sociale zekerheid vallen.³⁶ Een bijzondere positie wordt ingenomen door de reders die hun eigen schip exploiteren: zij worden geacht tegelijkertijd zowel werkgever als werknemer te zijn en vallen derhalve toch onder de Arbeidsongevallenwet³⁷ (art. 2).

De Koning is bevoegd om bij Koninklijk Besluit de reikwijdte van de Arbeidsongevallenwet nader uit te breiden zodat ook personen of categorieën van personen, die niet verbonden zijn door een arbeidsovereenkomst maar wel arbeid verrichten in gelijksoortige voorwaarden als van een arbeidsovereenkomst, in haar toepassingsgebied opgenomen kunnen worden.³⁸ Zo worden ingevolge het vermoeden van een arbeidsovereenkomst ook ambtshalve personen als taxichauffeurs, schouwspelartiesten, professionele sportbeoefenaars (bijvoorbeeld beroepswielrenners en beroepsvoetballers), leerlingen met een leerovereenkomst en studenten met een specialisatiebeurs onder de Arbeidsongevallenwet geschaard.

Het *derde* vereiste – de aanwezigheid van letsel – is erg ruim gedefinieerd: het letsel van de werknemer moet van fysieke en/of psychische aard zijn, hoewel dit ruim wordt opgevat: zelfs een kapotte bril kan als letsel gelden.³⁹ Daarmee heeft het Belgische recht zich meer vooruitstrevend getoond dan het Nederlandse recht, nu onze eigen Hoge Raad pas in 2005 expliciet heeft bepaald dat de werkgever een zorgplicht heeft voor het geestelijk welzijn van de werknemer.⁴⁰

Ten aanzien van het *vierde* vereiste – de oorzaak van het letsel moet te wijten zijn aan een ongeval – heeft de Belgische wetgever bewust afgezien van de mogelijkheid om in de Arbeidsongevallenwet een enge definitie van het cruciale begrip ‘arbeidsongeval’ te geven.⁴¹ Haar intentie was juist dat dit begrip zich in volle vrijheid en overeenkomstig de veranderende maatschappelijke werkelijkheid zou kunnen ontwikkelen in de rechtspraak, zonder gehinderd te zijn door een definitie die de meest soepele en breedst mogelijke interpretatie van de feiten zou kunnen belemmeren. Als gevolg van dit beleid heeft de jurisprudentiële leer ter zake van de definitie van ‘ongeval’ in de loop der jaren vele wijzigingen ondergaan.

36 Vgl. Brussel 2 maart 1995, De Verz. 1996, 44 (leerling op technische school); zie ook Van de Velden & Schamp 1981, p. 30-32.

37 Art. 2 Arbeidsongevallenwet.

38 Art. 3 lid 1 A.O.W; vgl. Bolle 1990, p. 175-178, en Persyn, Janvier & Van Eeckhoutte 1990, p. 1207-1213.

39 Cass. 18 maart 1985, SRK 1985, 142.

40 HR 11 maart 2005, JAR 2005/84, LJN AR6657 (ABN AMRO/Nieuwenhuys).

41 Vgl. art. 7 lid 1 Arbeidsongevallenwet.

Uit de heersende jurisprudentie kan worden afgeleid dat een ongeval aan de volgende vereisten moet voldoen, waarvan het bestaan door de gelaedeerde werknemer of diens rechthebbende(n) moet worden aangetoond. Het arbeidsongeval moet:⁴²

- een ‘plotselinge gebeurtenis’ zijn, die in relatief korte en bepaalbare tijd heeft plaatsgevonden,⁴³
- voortgebracht zijn door een of meerdere oorzaken waarvan tenminste één zijn oorsprong buiten het gestel van het slachtoffer vindt,⁴⁴
- fysiek of mentaal letsel tot gevolg hebben (gehad) welke leidt tot tijdelijke of permanente arbeidsongeschiktheid of de dood, althans kosten en
- zijn voorgevallen tijdens en door het feit van de uitvoering van de arbeids-overeenkomst.⁴⁵

De ‘plotselinge gebeurtenis’ kan een incident betreffen met een duidelijk ongevals karakter, maar ook een alledaagse, banale handeling, een inspanning die tot letsel heeft geleid of een shockerende aanblik kan als een ongeval worden gekwalificeerd als tevens sprake is van een ‘speciaal element’. (Het ‘speciale element’ zal nog nader toegelicht worden in paragraaf 2.2.3.) De plotselinge gebeurtenis moet niet verward worden met het letsel op zichzelf; het is immers de gebeurtenis die per definitie plotseling van aard moet zijn, niet het letsel.⁴⁶

Een ongeval dat zijn oorsprong uitsluitend vindt in een *inwendige* aandoening, kan niet gekwalificeerd worden als een ongeval in de zin van de Arbeidsongevallenwet. Dan ontbreekt immers ieder causaal verband met de werkzaamheden.⁴⁷ Dit betekent dat bijvoorbeeld de progressieve ontwikkeling van een infectie die zijn hoogtepunt heeft bereikt op de arbeidsplaats, geen arbeidsongeval is in de zin van de Arbeidsongevallenwet indien er geen

42 Vgl. Van de Velden & Schamp, 1981, p. 49-50.

43 Vgl. Cass. AR S.96.112.F, 20 januari 1997 (Ag 1824/Goulios), Cass. 11 januari 1982, RW 1981-1982, 1872 (Royal Belge/Vermeire) met bespreking door Van Eeckhoutte 1996, p. 549 e.v.; Arbrb. Bergen 13 november 1996, De Verz. 1997, 98; Arbh. Antwerpen 23 januari 2002, L R 2003, 308 en Cass. 15 april 2002, RW 2002-2003, 1100. Vgl. Van de Velden & Schamp 1981, p. 51-52 Persyn, Simoens & Van Eeckhoutte 1990, p. 1243 e.v., en Coppens 2009, p. 544-545.

44 Art. 7 lid 1 en art. 9 A.O. W.; Cass. 22 september 1976, AC 1977, 87 (Assurances Générales/Moors), zie Van Eeckhoutte 1996, p. 521-526.

45 Vgl. Arbh. Gent 21 september 2006, AR 467/04 (betreffende een allergische reactie op een griepvaccin wat door de werkgever was gefinancierd en ‘dus’ in de uitvoering van de arbeids-overeenkomst had plaatsgevonden) en Van Gossum & Van Molle 2009, p. 548.

46 Persyn, Simoens & Van Eeckhoutte 1990, p. 2147. Ook Arbrb. Luik 17 september 1998, De Verz. 2000, 331, p. 217.

47 Cass. 18 november 1996, JTT 1997, 29.

causaal verband bestaat tussen die infectie en het werk.⁴⁸ Een gescheurde spier of een hartaandoening die het gevolg is van een (al dan niet gewone of langdurige) krachtsinspanning of een plotseling optredende stress in het kader van de arbeid kan dat wél zijn.

Predispositie van het slachtoffer heeft geen enkele invloed op de kwalificatie van een ongeval als arbeidsongeval.

De verzekeraar kan het causaal verband tussen de plotselinge gebeurtenis en het letsel weerleggen door aan te tonen dat het letsel van de werknemer niet het gevolg is van het ongeval dat deze heeft geleden.⁴⁹

De *vijfde* en laatste voorwaarde voor het aanvaarden van een arbeidsongeval in de zin van de Arbeidsongevallenwet is het vereiste dat de plotselinge, schadeveroorzakende gebeurtenis tijdens en vanwege de uitvoering van de arbeidsovereenkomst is geschied of, zoals de Arbeidsongevallenwet het zelf verwoordt “(...) *in de loop van de uitvoering der arbeidsovereenkomst*”.⁵⁰ (De bewijsrechtelijke aspecten van dit vereiste zullen meer uitvoerig worden toegelicht in paragraaf 2.3.) Zo wordt er geen causaal verband gezien tussen de uitvoering van de werkzaamheden door een arbeider in een textielfabriek en een wespensteek, hoewel dat wel het geval zou zijn voor een fruitplukker.⁵¹

De Belgische wetgever heeft met het begrip ‘uitvoering van de arbeidsovereenkomst’ beoogd een ruimere interpretatie toe te staan dan het enkele daadwerkelijk verrichten van arbeid.⁵² Hierdoor kan bijvoorbeeld ook een ongeval tijdens een interruptie van de arbeid als arbeidsongeval worden gekwalificeerd indien de werkgever tijdens die onderbreking zijn gezag heeft behouden. Nota bene: de nadruk ligt op het uitvoeren van de *arbeidsovereenkomst*, niet op het feitelijk uitoefenen van de daaruit voortvloeiende werkzaamheden, zoals wel bij ons wordt gesuggereerd in lid 1 van art. 7:658 BW.

Het vereiste van art. 7 is overeenkomstig deze opvatting nader uitgewerkt in de jurisprudentie. Een ongeval wordt geacht te hebben plaatsgevonden in de loop van de uitvoering van de arbeidsovereenkomst indien de werknemer zich ten tijde van het ongeval onder het gezag, de leiding en het toezicht van

48 Arbrb. Luik 17 september 1998, De Verz. 2000, 331, p. 217.

49 Vgl. art. 9 Arbeidsongevallenwet. Zie Cass. 3 februari 2003, AR So20088N.

50 Art. 7 lid 1 Arbeidsongevallenwet.

51 Vgl. Arbh. Bergen 17 november 2000, JTT 2001, 27.

52 Vgl. Vandeur 1973, p. 71 en Van de Velden & Schamp 1981, p. 59 en 66.

de werkgever bevond.⁵³ Vooral het gezagscriterium is daarbij doorslaggevend. De gezagsverhouding duurt in beginsel zolang als de werknemer tengevolge het verrichten van zijn arbeid in zijn persoonlijke vrijheid wordt beperkt.⁵⁴ Ook dit laat echter nog veel ruimte voor speculatie en jurisprudentie over.

Een 'klassiek' ongeval dat zich tijdens het daadwerkelijk verrichten van 'typische' arbeidshandelingen voordoet – bijvoorbeeld het zagen in de eigen vingers in plaats van in een plank – laat in dit opzicht weinig aan de juridische fantasie over. De 'uitvoering van de arbeidsovereenkomst' is hier al gauw aangenomen, evenals het gegeven dat de tot letsel leidende handelingen verricht zijn binnen het kader van het 'gezag, leiding en toezicht' van de werkgever.

Tijdens rustpauzes wordt het echter al moeilijker om te beoordelen of er sprake is van 'gezag, leiding en toezicht'. Wanneer zich in deze periode een ongeval voordoet, wordt die in beginsel eveneens geacht in de loop van of tijdens de uitvoering van de arbeidsovereenkomst te zijn geschied, vanuit de opvatting dat de werknemer uit hoofde van de arbeidsovereenkomst niet alleen recht op werk heeft, maar ook recht op rusttijden.⁵⁵ Bovendien: de rust tijdens een pauze is er juist op gericht om de kwaliteit van de te verrichten arbeid te handhaven of te verbeteren. Hierbij wordt tevens rekening gehouden met het feit, dat de werknemer voor zijn veiligheid in een afhankelijke positie jegens de werkgever verkeert, óók tijdens een pauze, en hiertoe (wettelijke) bescherming behoeft. Dit klemmt te meer wanneer de werknemer zijn pauze neemt op de arbeidsplek zelf, althans binnen het bedrijfsterrein c.q. machtsfeer van de werkgever. In een dergelijke omstandigheid is het zeer duidelijk dat hij zich moet schikken naar de wensen van de werkgever, bijvoorbeeld ten aanzien van de plaatsen waar wel of niet gegeten mag worden, de (ontspannings-)activiteiten die in de pauze toegestaan zijn of verboden, et cetera. Om deze redenen wordt een rustpauze niet geacht de gezagsverhouding van de werkgever ten opzichte van de werknemer te verbreken; de gezagsverhouding wordt derhalve ruim geïnterpreteerd.

Dit beginsel wordt echter niet onder alle omstandigheden gehandhaafd. Zo kan naar Belgisch recht niet van een arbeidsongeval gesproken worden, indien de werknemer in de rusttijd een persoonlijke bezigheid verrichtte die buiten de normale besteding van de pauze valt (rusten) – of anders gezegd: buiten

53 Cass. 3 mei 1978, RW 1977-1978, 2275 (Zürich/Ronda); zie ook Vandeur 1973, p. 73-81 en Van de Velden & Schamp 1981, p. 56-65.

54 Aldus Van de Velden & Schamp 1981, p. 61.

55 Cass. 3 mei 1978, RW 1977-1978, 2775 (Zürich/Ronda e.a.) en Cass. 3 mei 1978, RW 1977-1978, 2786 (Assubel/Segers); zie voor een uitgebreide bespreking van deze arresten Van Eeckhoutte 1996, p. 526 e.v.

het kader van de normale uitvoering van de door het *gezag* van de werkgever beheerste arbeidsovereenkomst.⁵⁶ Dit lijdt weer uitzondering indien de werkgever uitdrukkelijke of stilzwijgende toestemming had verleend tot het verrichten van de betreffende persoonlijke activiteit; deze wordt dan toch geacht een normale vrijetijdsbesteding te zijn die past binnen een ruime uitleg van de uitvoering van de arbeidsovereenkomst. Als de werkgever bijvoorbeeld toestaat dat zijn personeel tijdens de lunchpauze tafeltennis speelt, kan zelfs een door een tafeltennisballetje gekwetst oog een arbeidsongeval betreffen.

Ook het verrichten van handelingen die noodzakelijk onmiddellijk aan de arbeidstijd vooraf gaan of daarop volgen, behoren tot de uitvoering van de arbeidsovereenkomst, zodat het vereiste gezag, de leiding en het toezicht van de werkgever ook dan geacht worden aanwezig te zijn. Hieronder vallen bijvoorbeeld het halen of opruimen van gereedschap, het wassen en omkleden en het parkeren van de auto op of nabij het bedrijfsterrein van de werkgever.

Indien de werknemer zich in de uitvoering van de arbeidsovereenkomst buiten de werkplaats bevindt, bijvoorbeeld omdat hij een chauffeur of een handelsreiziger is, hoeft dit niet noodzakelijk af te doen aan het vereiste gezag van de werkgever. Zelfs een langdurig verblijf buiten de onmiddellijke gezagssfeer van de werkgever hoeft nog geen belemmering te zijn voor de aanvaarding van een ongeval in de loop van de uitvoering van de arbeidsovereenkomst. Zo wordt bijvoorbeeld een dienstreis waarbij de werknemer in het kader van de arbeidsovereenkomst gedurende enige tijd buiten zijn eigen woning moet overnachten tijdens deze periode – 24 uur op 24 uur – geacht de uitvoering van zijn arbeidsovereenkomst te betreffen, zodat hij ook in zijn vrije uren de bescherming van de Arbeidsongevallenwet geniet.⁵⁷ De werknemer wordt dan geacht in zijn persoonlijke vrijheid te worden beperkt door de arbeidsovereenkomst; deze noodzaakt hem immers in dergelijke omstandigheden om ook in zijn ‘vrije’ uren ondergeschikt te zijn aan het gezag van de werkgever. Hoe ruimhartig de Belgische rechter kan zijn in het aanvaarden van het gezag van de werkgever, wordt geïllustreerd door de zaak van Arbh. Antwerpen 13 augustus 1993.⁵⁸ In deze casus zocht een scheepsjongen op een binnenvaartschip met toestemming van de schipper op een zaterdagavond zijn vertier aan wal door eerst met enkele vrienden naar een herberg en vervolgens naar een dancing te gaan. Omstreeks 02.30 uur ging hij, na in een tijdsbestek van circa zeven uren een tiental glazen bier gedronken te hebben,

⁵⁶ Vgl. Van Eeckhoutte 2000, p. 118. Vgl. Arbh. Antwerpen 13 november 2001, AR 2002, 98.

⁵⁷ Cass. 24 september 1984, AC 1984-1985, 64 (Moens/Federale Verzekeringen); met bespreking hiervan door Van Eeckhoutte 1996, p. 558 e.v.

⁵⁸ Soc. Kron. 1996, 587.

weer terug naar het schip. Op de weg terug werd hij het slachtoffer van een ongeval. De rechter oordeelde dat in casu sprake was van een arbeidsongeval ‘stricto sensu’, dat wil zeggen alsof de scheepsjongen zich ten tijde van het ongeval aan boord was geweest, omdat de scheepsjongen zich tijdens de vaart permanent ter beschikking diende te houden van de werkgever en door aan boord te logeren zich continu onder het gezag van de werkgever bevond, niet alleen wanneer hij aan boord was maar ook tijdens zijn vrijetijdsbesteding.

Toch is er één duidelijke grens ten aanzien van het antwoord op de vraag of de schade is ontstaan in de loop van de uitvoering van de arbeidsovereenkomst: indien de werknemer een ongeval overkomt tijdens het verrichten van werkzaamheden die in enigerlei mate aan zijn gangbare werk gerelateerd zijn maar op *volstrekt vrijwillige* basis worden verricht, is er géén sprake van een arbeidsongeval in de zin van de Arbeidsongevallenwet. Juist vanwege het vrijwillige karakter van de handeling is dan geen sprake van het vereiste werkgeversgezag.⁵⁹ De uitspraak van Arbrb. Antwerpen 9 november 1995 illustreert dit.⁶⁰ In deze zaak was sprake van een werknemer die tijdens ziekteverlof van al meer dan een jaar een vrijblijvend bezoek had gebracht aan zijn collega's op de werf en daar het slachtoffer werd van een ongeval. De Belgische rechter weigerde hier een arbeidsongeval aan te nemen omdat de werknemer zich ten tijde van het ongeval niet onder het gezag van de werkgever bevond.

2.1.3 *Het Fonds voor Arbeidsongevallen*

Een bijzondere rol in het Belgische arbeidsongevallenrecht is weggelegd voor het Fonds voor Arbeidsongevallen (FAO).⁶¹ Deze overheidsinstelling heeft verschillende taken, die kunnen worden samengevat als een actieve bijdrage aan de optimale werking van de arbeidsongevallensector binnen de sociale zekerheid:

- het controleren van werkgevers ten aanzien van de naleving van de wettelijke verzekeringsplicht en de aangifte van arbeidsongevallen;
- het controleren van verzekeringsinstellingen, zowel technisch als medisch;
- het bekrachtigen van de overeenkomsten tussen de verzekeringsinstellingen en de gelaedeerde werknemers;
- het verzekeren van zeelieden;

⁵⁹ Persyn, Janvier & Van Eeckhoutte 1990, p. 1267.

⁶⁰ De Verz. 1996, 275.

⁶¹ Meer informatie over het FAO kan gevonden worden op haar officiële website, namelijk: http://securitesociale.fgov.be/faofat/adg/index_neerlandais.htm.

- het optreden als waarborgfonds voor de werknemers wiens werkgever de vervulling van zijn wettelijke verzekeringsplicht heeft nagelaten of van wie de verzekeringsinstelling insolvent is;⁶²
- het informeren van de Minister van Sociale Zaken en het vergaren van statistische data ten aanzien van arbeidsongevallen;
- het verlenen van sociale bijstand aan de gelaedeerde werknemer en zijn rechthebbenden.

2.1.4 *De Welzijnswet*

De Wet van 4 augustus 1996 betreffende het welzijn van werknemers bij de uitvoering van hun werk,⁶³ die betere bekendheid geniet als de Welzijnswet, betreft een codificatie van kaderrichtlijn 89/391/EEG van de Raad van 12 juni 1989 aangaande de tenuitvoerlegging van maatregelen ter bevordering van de verbetering van de veiligheid en gezondheid van werknemers op het werk. Gelet op haar doelstelling en concrete aanwijzingen ter bevordering van de arbeidsveiligheid, gezondheid van de werknemer, psychosociale belasting van het werk, de ergonomie, arbeidshygiëne, verfraaiing van de werkplaatsen, het leefmilieu binnen een onderneming en de bescherming van werknemer tegen geweld, pesterijen en ongewenst seksueel gedrag op het werk, vertoont de Welzijnswet belangrijke overeenkomsten met de Nederlandse Arbeidsomstandighedenwet.⁶⁴

De algemene burgerlijke immuniteit van de Belgische werkgever tegen vorderingen tot schadevergoeding vanwege arbeidsongevallen en beroepsziekten heeft tot gevolg dat een gelaedeerde of zieke werknemer geen rechten of argumenten aan de Welzijnswet kan ontleen tenzij deze immuniteit doorbroken wordt, zoals bijvoorbeeld in het geval van opzet of een zware fout van de werkgever. Gelet op het thema van dit proefschrift mag een korte verwijzing naar deze wet, die toch zeer bepalend is voor de arbeidsomstandigheden, niet ontbreken.

⁶² Vgl. Cass. 19 december 1994, AR S.94.70.N., (Croes/AG 1824), onuitgegeven. Zie art. 58 en 58bis Arbeidsongevallenwet m.b.t. taken; zie m.b.t. wettelijke verzekeringsplicht artt. 49, 57 en 58 Arbeidsongevallenwet.

⁶³ B.S. 18 september 1996.

⁶⁴ Vgl. art. 4 lid 1 Welzijnswet, waarin de doelstelling van de wet is verwoord.

2.2 Aansprakelijkheidsbeperkingen van de werkgever en zijn aangestelden

2.2.1 Burgerlijke immuniteit

De Belgische werkgever, de collega-werknemers en de overige aangestelden⁶⁵ van de werkgever zijn in beginsel gevrijwaard van aansprakelijkheid ter zake van arbeidsongevallen, zelfs al zijn zij in meer of mindere mate aansprakelijk voor het ongeval: zij genieten ingevolge art. 46 Arbeidsongevallenwet “burgerlijke immuniteit”. Hiermee wordt beoogd een vertroebeling van de relatie tussen de werkgever en de werknemer enerzijds en tussen de werknemer en zijn collega’s onderling anderzijds te voorkomen, wat één van de belangrijkste grondslagen is van de Arbeidsongevallenwet.⁶⁶

De burgerlijke immuniteit heeft een absoluut karakter: zij werkt niet alleen tegen de werknemer, maar ook tegen bijvoorbeeld een medeaansprakelijke derde die het aandeel in de aansprakelijkheid van de werkgever op hem wil verhalen.⁶⁷ Andersom gaat dit echter niet op. Een ingeleende werknemer kan wél een civiele vordering tot schadevergoeding instellen tegen de inlenende werkgever, maar de inlenende werkgever wordt belet om zijn schade te verhalen op de ingeleende werknemer vanwege het immuniteitsbeginsel.^{68, 69}

Art. 46 lid 1 Arbeidsongevallenwet maakt in zes omstandigheden een uitzondering op de burgerlijke immuniteit van de werkgever. Onder deze omstandigheden ‘herleeft’ het recht van de werknemer (of zijn rechthebbenden) tot het instellen van een civiele vordering tot schadevergoeding als het ware. Er moet dan sprake zijn van:

- een door de werkgever, zijn lasthebber of aangestelde opzettelijk veroorzaakt arbeidsongeval, dan wel een door deze personen met opzet veroorzaakt ongeval dat een arbeidsongeval tot gevolg heeft gehad,⁷⁰ en/of
- derden die voor het arbeidsongeval aansprakelijk zijn, en/of
- schade aan de goederen van de werknemer en/of

65 Deze Belgische term duidt op personen die onder het gezag staan van de werkgever (van de gelaedeerde werknemer, in deze context) maar niet noodzakelijk door middel van een arbeidsovereenkomst met deze werkgever verbonden zijn. In zoverre is de term ‘aangestelde’ dus ruimer van betekenis dan ‘werknemer’. Zie art. 1384 van het Belgisch Burgerlijk Wetboek.

66 Vgl. Vervliet 2009, p. 18 e.v.

67 Arbh. Luik 4 oktober 1999, De Verz. 2000, 330, p. 50.

68 Vgl. Lietaert 1996, p. 14 e.v. en Van Regenmortel & Vervliet 2003, p. 116.

69 Vgl. Lietaert 1997, p. 221-222.

70 Met ‘opzettelijk ongeval’ wordt bedoeld dat de werkgever het ongeval zelf gewild heeft, zonder noodzakelijk ook het hieruit volgende arbeidsongeval gewild te hebben. Opzet mag niet gelijk worden gesteld met grove schuld; het willen is essentieel.

- een ongeval dat heeft plaatsgevonden op de weg van en naar het werk (het arbeidswegongeval) en/of
- een arbeidsongeval wat tijdens de uitvoering van de arbeidsovereenkomst in het verkeer heeft plaatsgevonden en/of
- een zwaarwichtige fout van de werkgever ten aanzien van het welzijn van de werknemers, waarop de Arbeidsinspectie hem reeds eerder schriftelijk maar (evident) vruchteloos heeft gewezen.

Opzet doet zich voor wanneer de werkgever het arbeidsongeval opzettelijk heeft veroorzaakt of hij wanneer hij opzettelijk een ongeval heeft veroorzaakt wat tot een arbeidsongeval heeft geleid, ook al heeft hij niet in alle gevolgen daarvan voorzien of gewild. Ook het personeel ('aangestelden') van de werkgever verliezen hun burgerlijke immuniteit als zij een arbeidsongeval opzettelijk hebben veroorzaakt.⁷¹ Hetzelfde geldt ten aanzien van derden, die verantwoordelijk zijn voor het ongeval. In de praktijk is deze uitzondering echter van verwaarloosbare betekenis.

De werkgever wordt niet beschermd door zijn burgerlijke immuniteit wanneer hij (of zijn aangestelden) de goederen van de werknemer op onrechtmatige wijze hebben beschadigd. De werknemer dient dan naar de eisen van het onrechtmatigedaadsrecht zowel de schade als de aansprakelijkheid van de werkgever aan te tonen.

De uitzondering ten aanzien van de arbeidswegongevallen is ingegeven door de overweging van de Belgische wetgever dat de gevaren van deelname aan het verkeer geen bedrijfsrisico's zijn. Dit betekent dat de werknemer, die schade heeft geleden ten gevolge van een ongeval tijdens een arbeidsweg, niet beperkt wordt door de immuniteit van de werkgever noch door de wettelijk forfaitaire beperkingen. De werknemer kan terzake de werkgever, indien deze of een van zijn ondergeschikte voor het ongeval verantwoordelijk is, civielrechtelijk aansprakelijk stellen tot vergoeding van zijn volledige schade.

Het feit dat alleen de opzet van de werkgever, zijn lasthebbers en aangestelden kan leiden tot een doorbreking van hun burgerlijke immuniteit is de laatste jaren steeds meer aan kritiek onderhevig, in het bijzonder ten aanzien van asbestgerelateerde beroepsziekten. Dit heeft ertoe geleid dat de programwet van 24 december 1999 (art. 97) artikel 46 Arbeidsongevallenwet heeft aangepast om het mogelijk te maken dat de werknemer (of zijn rechthebbenden) wel een civielrechtelijke vordering tegen de werkgever kan instel-

71 Terzake van opzet bij (collega-)werknemers geldt dat hun wil op het arbeidsongeval zelf gericht moet zijn.

len wanneer deze een 'gekaracteriseerde zware fout' (un faute inexcusable) heeft begaan. Hiervan is pas sprake wanneer de werkgever schriftelijke waarschuwingen en aanwijzingen van de Arbeidsinspectie op het gebied van de arbeidsveiligheid en -hygiëne heeft genegeerd en daardoor de werknemer heeft blootgesteld aan de verwezenlijking van een zwaarwichtig risico.⁷² Tot op heden is zo'n vordering echter slechts van theoretische betekenis gebleken.

Een cumulatie van vorderingen is niet toegestaan. De werknemer dient ofwel voor de forfaitaire regeling te kiezen ofwel voor een via de civiele route te verkrijgen schadevergoeding. Het slachtoffer van een ongeval op de weg neemt hier echter een aparte positie in, waar later nog op terug zal worden gekomen.

2.2.2 *Eigen schuld*

Opzet van de werknemer ten aanzien van het arbeidsongeval waar hij zelf het slachtoffer van is geworden, belet de aanvaarding van een arbeidsongeval in de zin van de Arbeidsongevallenwet. Het wordt daarom slechts met grote terughoudendheid aangenomen.

De verzekeraar die wil aantonen dat sprake is van opzet in de zin van art. 48 Arbeidsongevallenwet dient te bewijzen dat de wil van de werknemer is (of was) gericht op het ongeval. Dit doet zich voor bij een grove fout, een handeling of nalaten wat indruist tegen de instructies van de werkgever of tegen de bepalingen van de arbeidsovereenkomst of -reglement. Zelfs een zware fout, een vechtpartij⁷³, dronkenschap⁷⁴ of poging tot zelfmoord⁷⁵ is daarvoor nog niet genoeg. Het gaat echt om 'willen en weten'.⁷⁶ Doorgaans is de opzet heel moeilijk aan te tonen, behoudens een verklaring van de werknemer dat zijn daad was gericht op zelfverminking of zelfmoord (en zelfs dan wordt wel gemeend dat de werknemer heeft gehandeld onder de invloed van een geestelijke stoornis waarbij hij niet zijn wil kon bepalen).

Hoewel de Belgische jurisprudentie op dit vlak vele krasse gevallen kent waarbij geen eigen schuld van de werknemer werd aanvaard, lijkt deze ontwikkeling inmiddels op zijn retour te zijn. Zo bepaalt sinds 10 januari 2000 art. 46

⁷² Vgl. Van Langendonck & Put 2002, p. 355.

⁷³ Vgl. Arbh. Luik 23 januari 2006, SRK 2007, 343 en Cass. 25 november 2002, JTT 2003, 164.

⁷⁴ Arbh. Gent 1 december 1988, JTT 1989, 111.

⁷⁵ Cass. 29 september 1961, Pas. 1962, I, 122 Arbh. Bergen 7 februari 2001, JT 2001, 109. Vgl. Put 1999, p. 20-24.

⁷⁶ Vgl. Cass. 25 november 2002, De Verz. 2003, 17; vgl. ook Van Regenmortel & Vervliet 2003, p. 196-197 en 235 en Vervliet 2009, p. 12-13.

lid 1 onder 7° dat de civiele vordering tot schadevergoeding van de werknemer jegens de werkgever niet wordt toegelaten indien deze bewijst dat het ongeval mede is veroorzaakt door de niet-naleving van veiligheidsinstructies waarop de werknemer schriftelijk is gewezen en waarvoor hij de nodige veiligheidsmiddelen tot zijn beschikking had. De feitelijke betekenis hiervan moet nog uit de jurisprudentie blijken. Toch lijkt dit erg ver te gaan, gelet op het feit dat naar gangbare civiele aansprakelijkheidsregels dan toch op zijn minst sprake zou zijn van gedeelde aansprakelijkheid; maar de bovengenoemde bepaling belet dat geheel.⁷⁷

Ook een onrechtmatige daad van de werknemer verbreekt de relatie met de uitvoering van de arbeidsovereenkomst. Zo wordt geen arbeidsongeval in de zin van de Arbeidsongevallenwet aangenomen indien de werknemer bijvoorbeeld gedurende het besturen van een vrachtwagen een ongeval veroorzaakt waarvan ook hijzelf een slachtoffer is, terwijl hem uitdrukkelijk was verboden, zowel door de rechter als door de werkgever, om een (vracht-)wagen te besturen.⁷⁸

2.2.3 *Alledaagse risico's*

Wanneer de Belgische werknemer het slachtoffer wordt van (letsel-)schade als gevolg van een alledaagse omstandigheid die volstrekt *niets* met de uitvoering van de arbeidsovereenkomst te maken heeft, kan zo'n incident niet kwalificeren als een ongeval in de zin van de Arbeidsongevallenwet. Een voorbeeld hiervan wordt geboden door een uitspraak van het Arbeidshof Antwerpen op 9 maart 1999⁷⁹ over een werknemer die verdronk tijdens een zwempartij na een cafébezoek, nadat de werkdag al was afgerond. Het hof oordeelde dat het zwemmen geen daadwerkelijke of moreel opgelegde verplichting door de werkgever betrof en evenmin een verlengstuk was van de activiteit die de werknemer in dienst van zijn werkgever uitoefende. Kortom, de zwempartij na het cafébezoek was volkomen vreemd aan de uitvoering van de arbeidsovereenkomst en kon daardoor geen arbeidsongeval *in de loop van* de uitvoering van de arbeidsovereenkomst constitueren.

De opvattingen van de Belgische rechter zijn op dit punt heel wat ruimer dan van zijn Nederlandse collega. Zo kan een schadeveroorzakende gebeurtenis in de loop van de uitoefening van de gewone, normale dagtaak leiden tot de aanvaarding van een plotselinge gebeurtenis in de zin van de Arbeidsongevallenwet, zonder dat zich tijdens deze gebeurtenis iets 'spectaculairs'

⁷⁷ Vgl. Van Langendonck & Put 2002, p. 355.

⁷⁸ Voorbeeld ontleend aan Vandeur 1973, p. 90-91.

⁷⁹ Arbh. Antwerpen 9 maart 1999, De Verz. 2000, 330, p. 35.

heeft voorgedaan.⁸⁰ Er moet dan wel sprake zijn van een aanwijsbaar *speciaal element* of een bijzondere, bepaalde handeling die het letsel kan hebben veroorzaakt.⁸¹ (Uiteraard moet zich ook hier een duidelijk aantoonbare en in de tijd en plaats aanwijsbare inbreuk op de lichamelijke integriteit van de werknemer voordoen.) Daartoe is niet voldoende dat de werknemer op het ogenblik dat het letsel zich manifesteerde ‘alleen maar’ zijn gewone werk verrichtte; er is méér vereist dan een louter banale en onbeduidende handeling. Het ligt voor de hand dat de werknemer en de verzekeraar uit de aard van hun perspectief dikwijls van mening kunnen verschillen over het antwoord op de vraag, wat een speciaal element constitueert in een voor het overige ‘normale’ situatie.

Aan het vereiste van een ‘speciaal element’ wordt bijvoorbeeld niet voldaan door een ‘banale beweging’, zoals rechtop gaan staan vanuit een gehurkte houding of het verzwikken van een voet op een vlakke ondergrond.⁸² Dergelijke handelingen worden beschouwd als gewone handelingen van het dagelijkse leven die geen speciaal aanwijsbaar element bevatten dat enig letsel in de zin van de Arbeidsongevallenwet heeft kunnen veroorzaken.⁸³ Er is in een dergelijk geval dan ook geen sprake van een arbeidsongeval in de zin van de Arbeidsongevallenwet. Hetzelfde kan gezegd worden van een fysieke stoornis die uitsluitend het gevolg is van een geleidelijk proces en zich pas uit na het bereiken of overschrijden van een lichamelijke tolerantiegrens, zoals een versleten rug. Een dergelijk moment geldt niet als een plotselinge gebeurtenis.⁸⁴

Een plotselinge gebeurtenis in de loop van de gewone dagtaak wordt bijvoorbeeld wél aanvaard indien de werknemer tijdens een storm naar zijn werk fietst en ten gevolge van de zware inspanning een hartinfarct krijgt en overlijdt; dat hij een risicopatiënt was op cardiologisch vlak doet hier niets aan af.⁸⁵ (Predispositie is van geen betekenis in relatie tot de Arbeidsongevallenwet.) Zo kan ook een acute lumbago van een verpleegster tijdens het opmaken van een bed een plotselinge gebeurtenis opleveren, omdat er geen sprake is van een element wat niet tot de normale vervulling van de arbeidsovereenkomst

80 Vgl. Cass. 5 april 2004, JTT 2004, 468, Cass. 6 november 2004, JTT 2005, 26 en Cass. 30 oktober 2006, JTT 2007, 94.

81 Vgl. Cass. 13 oktober 2003, SRK 2004, 211, Arbh. Luik 6 juni 2006, SRK 2003, 329.

82 Arbh. Bergen 22 januari 2003, AR 16.981, Arbh. Antwerpen 18 oktober 2004, De Verz. 2005, 463 en Arbh. Bergen 11 januari 2006, De Verz. 2006, 415.

83 Vgl. Arbrb. Dendermonde (afd. St. Niklaas) 21 november 1995, JTT 1996, 256.

84 Coppens 2009, p. 545.

85 Vgl. Arbh. Gent 9 november 1995, De Verz. 1996, 261.

behoort.⁸⁶ Zelfs een dweil uitwringen wanneer dat plotseling pijn doet, kan een plotselinge gebeurtenis zijn.⁸⁷

Het is voor betwisting vatbaar hoe rechtvaardig het vereiste van een speciaal element in de praktijk uitpakt, met name ten aanzien van arbeiders die gedurende lange tijd repetitieve, zware handelingen verrichten. Wat te denken van de verpleegster, die, nadat zij gedurende vele jaren patiënten in bed omhoog heeft gehesen, een versleten rug heeft; of de vuilnisman die gedurende het hijsen van de tweehonderdduizendste vuilniszak hetzelfde overkomt; of de metselaar die na jaren van metselen zijn pols heeft overbelast ten gevolge van het scheppen van mortel? Het probleem hier is dat het letsel niet is ontstaan ten gevolge van *een* plotselinge gebeurtenis maar ten gevolge van een lange reeks gelijksoortige gebeurtenissen, waarvan de laatste ‘teveel’ is gebleken echter zonder dat sprake is van een bijzonder element. In dergelijke gevallen dreigt de werknemer tussen wal en schip te raken: enerzijds komt hem gezien het ontbreken van een plotselinge gebeurtenis geen beroep op de Arbeidsongevallenwet toe, terwijl anderzijds een dergelijke klacht waarschijnlijk niet op de limitatieve lijst van beroepsziekten staat. Een civiele rechtsgang is dan het enige wat overblijft.

In de jurisprudentie wordt een dergelijk incident soms aanvaard als een aparte gebeurtenis in een reeks van gebeurtenissen en niet zozeer als een deel van het normale werk. Ook kan de plotselinge gebeurtenis met enige inventiviteit ‘ontleend’ worden aan de specifieke omstandigheden van het geval. Vaak staat of valt het aanvaarden van een speciaal element echter met de mate van juridische bekwaamheid waarmee deze omschreven is. De rechtszekerheid en inkomenszekerheid van de werknemer lijken daarmee echter weinig gediend.

2.2.4 Verjaring

Art 69 Arbeidsongevallenwet bepaalt dat de rechtsvordering tot betaling van de vergoedingen waarop een gelaedeerde werknemer aanspraak kan maken, verjaart na drie jaar.⁸⁸ Ter beantwoording van de vraag wanneer deze drie jaar ingaan, heeft het Hof van Cassatie verklaard dat hiervoor de datum van het feit dat aanleiding heeft gegeven tot de vordering als ijkmoment mag worden beschouwd.⁸⁹ Let wel: dit ‘feit’ betreft niet noodzakelijk de datum van het

⁸⁶ Vgl. Cass. 3 april 2000, SRK 2001, 185.

⁸⁷ Cass. 2 januari 2006, JTT 2006, 53.

⁸⁸ Ter vergelijking: in het civiele recht verjaart een persoonlijke rechtsvordering na tien jaar in relatieve zin en na twintig jaar volgend op de dag waarop het schadeveroorzakende feit zich heeft voorgedaan in absolute zin, vgl. art. 2262bis van het Belgisch Burgerlijk Wetboek van 21 maart 1804. Vgl. Petit 2005, p. 458 e.v.

⁸⁹ Cass. 8 oktober 1979, Revu Regional de Droit, 1980, 62 met noot van F. de Closset.

arbeidsongeval, al zal dat in de praktijk vaak het geval zijn; het gaat meer precies om de dag dat de gezondheidsschade, die voor het eerst tot arbeidsongeschiktheid heeft geleid, is aangevangen. Dit kan bijvoorbeeld relevant zijn wanneer een op het eerste oog eenvoudig letsel, zoals een snee in de hand, pas na enige tijd zich op zodanige wijze ontwikkelt dat zij tot arbeidsongeschiktheid (ontsteking, dystrofie, etc.) leidt. De vordering tot schadevergoeding is verjaard wanneer deze later dan drie jaren na het ijkmoment bij de verzekeraar wordt ingediend.

In de praktijk komen verjaringsperikelen ten aanzien van arbeidsongevallen in België niet of nauwelijks voor, zodat art. 69 Arbeidsongevallenwet slechts zelden van stal wordt gehaald.

2.2.5 *Overmacht*

Indien de werknemer in de loop van de uitvoering van de arbeidsovereenkomst het slachtoffer wordt van een ongeval wat te wijten is aan een oorzaak die geheel en al vreemd is aan de uitvoering van het werk, kan dit ongeval niet kwalificeren als een arbeidsongeval in de zin van art. 7 Arbeidsongevallenwet. Een voorbeeld: een werknemer wordt tijdens het werk getroffen door een neergestort vliegtuig of een tsunami. Overmachtsituaties en natuurkrachten worden in beginsel niet geacht bedrijfsrisico's te zijn. (Wanneer bijvoorbeeld een aannemer een landmeter tijdens een heftige onweerstorm laat doorwerken in een open veld en de landmeter tijdens het onweer wordt getroffen door de bliksem ligt dit evident anders.)

2.3 *Bewijsrechtelijke kwesties*

2.3.1 *Bewijslastverdeling*

Het is aan de gelaedeerde werknemer om te bewijzen dat hij een arbeidsongeval heeft geleden. Hij moet hiertoe het incident van het arbeidsongeval met zekerheid kunnen aantonen en behoorlijk kunnen omschrijven naar tijd en locatie; alleen maar een aannemelijk verhaal opdisen volstaat niet. Indien er twijfel bestaat over de relatie van de feiten (bijvoorbeeld omdat de werknemer twee verschillende versies over het incident heeft verteld), is het bewijs niet voldoende geleverd.⁹⁰

⁹⁰ Arbrb. Mons 21 maart 2001, De Verz. 2001, 336, p. 454.

Dit heeft tot gevolg dat de gelaedeerde werknemer moet bewijzen dat zijn schade is ontstaan ‘in de loop van de uitvoering der arbeidsovereenkomst’.⁹¹

Dit komt er concreet op neer dat hij aantoont, dat hij:

- a) een arbeidsovereenkomst had ten tijde van het ongeval en dat hij de hierin bedongen arbeid uitvoerde en dat
- b) het ongeval te wijten is aan de uitvoering van het werk.

Indien hij erin slaagt om de eerste omstandigheid aan te tonen wordt ingevolge art. 7 lid 2 Arbeidsongevallenwet het tweede vereiste vermoed geschied te zijn, behoudens tegenbewijs door de verzekeraar. Dit roept de vraag op, wat onder ‘uitvoering van de arbeidsovereenkomst’ in de zin van de Arbeidsongevallenwet verstaan mag worden.

De Belgische wetgever heeft de bewijslast van de werknemer willen verlichten door middel van twee wettelijke vermoedens behoudens (tegenbewijs door de verzekeraar). Deze vermoedens zijn geformuleerd in resp. art. 7 en 9 Arbeidsongevallenwet:

- indien het ongeval zich voordoet gedurende de uitvoering van de arbeidsovereenkomst, wordt deze *geacht* tijdens en door het feit van die arbeidsovereenkomst voorgevallen te zijn en
- indien zowel de plotselinge gebeurtenis als het letsel kunnen worden aangetoond, wordt *vermoed* dat het letsel uit een ongeval voortkomt.

Stel dat het ongeval zich heeft voorgedaan tijdens de uitvoering van de arbeidsovereenkomst, dan is de werknemer dus al gerechtigd tot de wettelijke vergoedingen als hij kan aantonen dat hem a) een plotselinge gebeurtenis is overkomen (waartoe een ongeval in beginsel al kwalificeert) en b) hij letsel heeft als gevolg van dat ongeval. Hij behoeft in die omstandigheid niet de oorzaak van het ongeval aan te tonen.⁹²

Ten aanzien van verkeersongevallen tijdens woon-werkverkeer is de bewijslast vergelijkbaar.⁹³ De werknemer moet dan aantonen:

- dat er een ongeval is geweest, dat wil zeggen een plotselinge gebeurtenis, waardoor hij letsel heeft bekomen en
- dat dit ongeval is geschied terwijl hij de normale route aflegde tussen zijn woning en zijn werkplaats, of vice versa.

⁹¹ Vgl. art. 7 lid 1 Arbeidsongevallenwet. De bewijslast dát een arbeidsongeval is overkomen tijdens de uitvoering van de arbeidsovereenkomst berust bij de eiser, i.e. doorgaans de werknemer, vgl. Arbrb. Luik 29 juni 2000, De Verz. 2001, 336, p. 486.

⁹² Vgl. Coppens 2009, p. 551 e.v.

⁹³ Vgl. Coppens 2009, p. 552 e.v.

Wanneer zowel het letsel als de plotselinge gebeurtenis aangetoond kan worden, geniet de werknemer het voordeel van het wettelijke vermoeden ex art. 9 Arbeidsongevallenwet, namelijk dat het letsel aan een ongeval (een uitwendige oorzaak) te wijten is. Bij woon-werkverkeersongevallen zit er echter een adder onder het gras: dan is immers nog geen sprake van de uitvoering van de arbeidsovereenkomst (tenzij ook het vervoer van de werknemer hier toe behoort) noch van enig 'gezag, leiding en toezicht'. Dit betekent dat de werknemer tijdens het woon-werkverkeer in beginsel niet wordt beschermd door het wettelijk vermoeden ex art. 7 Arbeidsongevallenwet dat het ongeval zich heeft voorgedaan tijdens de uitvoering van de overeenkomst.

Kortom, ten aanzien van beide gevallen – in de loop van de uitvoering van de arbeidsovereenkomst en tijdens het woon-werkverkeer – is het aantonen van de plotselinge gebeurtenis door de werknemer een belangrijke kwestie, die aanleiding geeft tot veel jurisprudentie.

De plotselinge gebeurtenis kan door alle rechtsmiddelen aangetoond worden, inclusief getuigenissen en vermoedens, zoals bijvoorbeeld van collega-werknemers, de arbeidsinspecteur of de behandelende arts. Dit gaat zover dat het bewijs van het ongeval zelfs kan volstaan met de verklaringen van de werknemer zélf, omdat de Belgische rechtspraak geen kwade trouw zijnerzijds veronderstelt, mits deze eigen verklaringen bevestigd worden door andere elementen in de omstandigheden van het geval en het geheel een 'bundeling van ernstige, duidelijke en gelijklopende vermoedens' vormt.⁹⁴ (Nota bene: een letsel wordt slechts vermoed door een ongeval te zijn veroorzaakt, wanneer een plotselinge gebeurtenis als vaststaand en niet enkel als mogelijk wordt aangewezen.⁹⁵)

Toch is het aantonen van de plotselinge gebeurtenis niet zo eenvoudig als bovenstaande alinea doet voorkomen: er worden integendeel strenge eisen aan gesteld. Uit de jurisprudentie blijkt, dat het aantonen van een plotselinge gebeurtenis volgens twee scenario's kan verlopen.

In het eerste scenario is sprake van een duidelijk aantoonbare en in de tijd aanwijsbare 'aanval' op de lichamelijke integriteit van de werknemer door een handeling of een gebeurtenis die duidelijk buiten de normale gang van zaken valt.⁹⁶ (De werknemer zakt bijvoorbeeld door een steiger, wordt

94 Vgl. Arbh. Luik 3 februari 2003, SRK 2004, 235, Arbh. Antwerpen 3 oktober 2005, AR 2050181.

95 Arbrb. Bergen 13 november 1996, De Verz. 1997, 98 en Cass. 6 mei 1996, AR S.95.64.F, (AXA/Cantillion), onuitgegeven.

96 Vgl. Arbrb. Bergen 13 november 1996, De Verz. 1997, 98.

geëlektrocuteerd, zaagt zijn vinger door in plaats van een plank, et cetera.) Het bewijs van een plotselinge gebeurtenis is dan al gauw geleverd en zelden bestreden.

In het tweede scenario overkomt de werknemer een plotselinge gebeurtenis in de loop van de uitoefening van zijn gewone, normale dagtaak, zonder dat er sprake is van iets 'spectaculairs'. Deze uitoefening van de normale bezigheden wordt pas aanvaard als een plotselinge gebeurtenis indien tevens sprake is van een aanwijsbaar *speciaal element* of een bijzondere, bepaalbare handeling die het letsel kan hebben veroorzaakt.⁹⁷ In de hieraan voorafgegane paragraaf over alledaagse risico's is reeds uitvoerig op de juridische aspecten van het speciaal element ingegaan, zodat daarnaar zij verwezen.

2.3.2 *Onderscheid werklieden en bedienden*

Een typisch aspect van het Belgische socialezekerheidsrecht is het onderscheid tussen twee categorieën van werknemers, namelijk werklieden⁹⁸ (ook wel arbeiders genaamd) en bedienden⁹⁹. Het wettelijk criterium dat hiervoor wordt aangewend, namelijk het verrichten van hoofdzakelijk handresp. hoofdarbeid, kan in de rechtspraktijk voor heel wat hoofdbreken zorgen. Hoewel de jurisprudentie zich hierover veelvuldig heeft uitgelaten, is het moeilijk om hierin enige vaste lijn of algemeen geaccepteerde definitie te ontdekken. Sommige rechters trachten de lacune te vullen door niet enkel te verwijzen naar de aard van de geleverde prestatie, maar tevens naar een vereist diploma of vereiste geestelijke begaafdheid, anderen naar een beweerdelijke noodzaak tot het (kunnen) nemen van initiatief, leiding, het tonen van creativiteit, weer anderen menen kwalificerende aspecten te ontwaren in de frequentie en wijze waarmee resp. waarop het loon wordt betaald. Een intuïtieve indeling lijkt evenveel kans van juistheid te hebben.

Een bijkomende moeilijkheid is dat, door de voortschrijdende informatisering en de opkomst van nieuwe technologieën en beroepen, het traditionele onderscheid steeds vager wordt.

Bovendien staat de werkgever niets in de weg om een werkman contractueel een bediendestatus toe te kennen. Hij mag immers van de wettelijke regelingen afwijken voor zover hij werknemer daarmee in een betere positie

97 Vgl. Cass. 20 januari 1997, AR S.96.112.F (AG 1824/Goullos), Arbh. Luik 21 februari 1994, De Verz. 1995, 102, Arbh. Gent 9 november 1995, De Verz. 1996, 261, Arbh. Brussel 18 maart 1996, De Verz. 1996, 624, Arbrb. Dendermonde (afd. St. Niklaas) 21 november 1995, AJT 1995-96, 505.

98 Vgl. de definitie in art. 2 van de Wet van 3 juli 1978 betreffende de arbeidsovereenkomsten.

99 Vgl. de definitie in art. 3 van de Wet van 3 juli 1978 betreffende de arbeidsovereenkomsten.

brengt.¹⁰⁰ Dit kan voor de werkmán aantrekkelijk zijn, doordat hij door zijn nieuwe juridische status bijvoorbeeld een langere opzegtermijn mag genieten bij beëindiging van de arbeidsovereenkomst, zoals die voor een bediende geldt. Ook de feitelijke praktijk biedt derhalve weinig uitsluitel; men dient derhalve steeds de individuele arbeidsovereenkomst of toepasselijke CAO na te slaan op de status van de betrokken werknemer.

De huidige Belgische maatschappij is echter in toenemende mate wars van een onderscheid tussen de ene werknemer en de andere: het wordt als ouderwets en discriminerend ervaren. Er wordt dan ook al een tiental jaren heftig en uitvoerig gediscussieerd over het antwoord op de vraag, of dit onderscheid niet zou moeten worden opgeheven middels een zgn. eenheidsstatuut, maar van enige vordering in deze discussie is mij niets gebleken.¹⁰¹

2.4 *Reikwijdte van de Arbeidsongevallenwet*

2.4.1 *Verkeersongevallen*

Verkeersongevallen van de werknemer vallen in twee soorten uiteen: het verkeersongeval dat geschiedt gedurende het woon-werkverkeer (het ‘arbeidswegongeval’) en het arbeidsongeval in het verkeer. De aansprakelijkheid van de werkgever voor deze vorm van schade vloeit voort uit de Tweede Wereldoorlog, toen het voor de werknemer niet zonder risico was om zich op de openbare weg te begeven. Het achterliggende idee is dat de blootstelling aan de risico’s van het verkeer worden veroorzaakt door de noodzaak voor de werknemer om naar zijn werk te gaan, zodat eigenlijk sprake is van een bedrijfsrisico wat dan ook voor rekening van de werkgever behoort te komen.

2.4.1.1 *Arbeidswegongevallen*

Art. 8 Arbeidsongevallenwet bepaalt dat ongevallen die zich voordoen op de eigenlijke arbeidsweg, dat wil zeggen de normale weg van en naar het werk, ook arbeidsongevallen zijn in de zin van de Arbeidsongevallenwet.¹⁰² Enigszins verrassend betekent dit echter niet dat de werkgever, zoals gebruikelijk in het systeem van de Arbeidsongevallenwet, geheel is gevrijwaard van burgerlijke immuniteit. Het tegendeel is het geval: art. 46 lid 1 onder 5° doorbreekt

¹⁰⁰ Art. 6 van de Wet van 3 juli 1978 betreffende de arbeidsovereenkomsten.

¹⁰¹ Vgl. Arbh. Antwerpen 4 juni 2008, besproken door Stevens 2008, p. 435-437, waarin hij weliswaar wel een onderscheid naar loon liever dan naar ‘hoofdarbeid’ bepleit, maar geen afschaffing van het onderscheid.

¹⁰² Art. 8 lid 1; vgl. Cass. 9 oktober 1974, AC 1975, 179 (Gem. Verzekeringskas/Janssens); met bespreking hiervan door Van Eeckhoutte 1996, p. 572-585 en Cass. 13 januari 2003, JTT 2003, 159 waarin wordt bepaald dat een traject rechtstreeks verband houdt met de uitvoering van de arbeidsovereenkomst, indien de werknemer zich op dat traject bevindt om een verplichting na te komen of een recht uit te oefenen dat voortvloeit uit de arbeidsovereenkomst.

de algemene burgerlijke immuniteit van de werkgever, zijn lasthebbers en aangestelden door de werknemer de mogelijkheid te bieden om hen naar eigen keuze ook civielrechtelijk aansprakelijk te stellen, bijvoorbeeld voor de niet door de Arbeidsongevallenwet gedekte schade of zelfs voor de volledige schade, voor zover sprake is van onrechtmatig handelen aan de zijde van de werkgever, zijn lasthebbers of aangestelden.

In de (rechts-)praktijk lijkt deze uitzondering niet van veel betekenis te zijn. Dit komt waarschijnlijk doordat de door art. 8 geboden bescherming vooral betrekking heeft op situaties waar de werkgever weinig of geen invloed of verantwoordelijkheid heeft en (daardoor) slechts zeer zelden sprake zal zijn van een onrechtmatig handelen of nalaten zijnerzijds.

De feitelijke betekenis van art. 8 Arbeidsongevallenwet is daarentegen des te groter. Dit betreft namelijk een zeer ruim geredigeerde bepaling die de werknemer beschermt in tal van situaties, zoals hieronder zal worden toegelicht.

Ten eerste begint deze bescherming reeds *zodra* de werknemer de drempel van zijn verblijfplaats overstapt om naar zijn werk te gaan en eindigt pas als hij de drempel van zijn werkplaats overschrijdt, en vice versa. De arbeidsweg omvat derhalve niet alleen de openbare weg, maar bijvoorbeeld ook de trappenhal, de hal en de voordeur van een flatgebouw voor zover deze openbaar of gemeenschappelijk van aard zijn.¹⁰³

Onder '*verblijfplaats*' wordt iedere verblijf gerekend waar de werknemer met enige bestendigheid verblijft. Dat behoeft niet noodzakelijk de locatie te zijn waar hij bij de gemeente is ingeschreven; het volstaat dat hij daar met een zekere frequentie en bestendigheid verblijft.¹⁰⁴ Maar dat is niet het enige criterium: ook de feitelijke omstandigheden, de aard van de beroepsfunctie, de organisatie van het werk, de instructies van de werkgever et cetera kunnen dit begrip nadere invulling geven. Zo is het eenpersoons-'kot' van een verloofde bij wie de werknemer geen persoonlijke bezittingen bewaart en ook niet regelmatig bezoekt, geen verblijfplaats in de zin van de Arbeidsongevallenwet.¹⁰⁵ Een frequent bezoek aan de meter maakt ook van haar woning geen verblijfplaats.¹⁰⁶

¹⁰³ Vgl. Arbh. Gent 6 september 2001, De Verz. 2003, 70.

¹⁰⁴ Vgl. Coppens 2009, p. 553.

¹⁰⁵ Arbh. Luik 14 september 2005, De Verz. 2006, 67.

¹⁰⁶ Vgl. Cass. 13 oktober 2003, JTT 2004, 39 en Cass. 8 september 2003, JTT 2004, 42, waarin het Hof stelt dat de werknemer die op sommige werkdagen een verblijfplaats bij zijn verloofde heeft, niet uitsluit dat hij overwegend bij zijn ouders verblijft en derhalve geacht moet

De werknemer bevindt zich op de arbeidsweg terug naar huis indien hij komt van een locatie waar hij zich volgens de instructie van de werkgever voor de uitvoering van de arbeidsovereenkomst heeft bevonden en vandaar naar huis keert.¹⁰⁷ Deze locatie zal in de meeste gevallen de plaats zijn waar hij zijn arbeid gewoonlijk verricht. Het kan echter ook bijvoorbeeld het adres zijn van de bedrijfsarts of het ziekenhuis waar hij zich naar aanwijzing van de werkgever heeft laten onderzoeken of het adres van een klant.

Ten tweede is het bestaan van enig 'inherent' gevaar van de weg niet vereist. Ook is niet relevant of de weg in kwestie openbaar is of niet.¹⁰⁸ Evenmin is van belang op welke wijze de werknemer reist: hij is geheel vrij in zijn keuze van vervoer.¹⁰⁹

Ten derde wordt ook het begrip 'normale weg' zeer ruim uitgelegd. Hiermee wordt het afleggen van een route van de verblijfplaats naar het werk of vice versa bedoeld, die zowel qua tijdsduur als qua route (ofwel chronologisch en geografisch) als 'normaal' kan worden aangemerkt.¹¹⁰ De weg in kwestie behoeft dus niet persé de kortste of meest voor de hand liggende route te zijn, zolang de redenen om de betreffende weg te volgen maar verantwoord zijn. Bovendien mag de werknemer zijn reis onderbreken of een omweg maken omwille van een wettige reden of overmacht (een wegomlegging bijvoorbeeld) zonder dat dit ten koste gaat van de bescherming van de Arbeidsongevalwet.¹¹¹ Doet zich een ongeval voor op de normale weg tijdens het traject, dan wordt de werknemer geacht zich ten tijde van het ongeval op het werk te hebben bevonden; hetzelfde geldt indien hij zijn reis heeft onderbroken of verlengd en hiervoor een wettige reden of overmacht bestaat.¹¹² Dit geldt expliciet wanneer de werknemer een nodige en redelijkerwijze te verantwoorden

worden om dáár het 'centrum van zijn belangen' te hebben in de zin van art. 20 Arbeidsongevalwet.

107 Cass. 9 oktober 1974, AC 1975, 179 (Gem. Verzekeringskas/Janssens) en Cass. 24 maart 1980, RW 1980-81, 107 (Zürich/Verckens).

108 Vgl. Van de Velden & Schamp 1981, p. 96-98.

109 Cass. AR S.95.30.F, 13 november 1995 (Fidelitas/Felici), onuitgegeven.

110 Cass. 18 december 2000, De Verz. 2002, 338.

111 Cass. 13 november 1995 (Fidelitas/Felici), onuitgegeven, Cass. 13 november 1995 (Zürich/Pinot), onuitgegeven, Cass. 18 december 2000, De Verz. 2002, 338 en Arbrb. Brugge 12 november 1999, De Verz. 2001, 334, p. 59.

112 Cass. 6 november 1978, AC 1978-79, 266 (Royale Belge/Cordemans); vgl. Arbrb. Luik 10 februari 1995, JTT 1995, 480: een werkneemster gleed, nadat zij haar kind bij haar moeder had afgezet, zoals zij gewoon was te doen alvorens naar haar werk te gaan, uit op een ijselplek terwijl ze naar haar wagen terugliep. De rechter oordeelde dat zij haar normale weg naar het werk had hervat op het moment dat zij de drempel van haar moeders woning naar buiten toe overschreed.

omweg maakt om met andere personen te carpoolen of om kinderen naar of van een kinderopvangplaats of school te brengen resp. te halen.¹¹³

De Belgische jurisprudentie is heel toegeeflijk als het gaat om de uitleg van een 'wettige reden'. Een heel scala van motieven wordt als rechtmatig geaccepteerd wanneer de onderbreking of het oponthoud zijn grondslag vindt in de omstandigheden (volle werkdag, overwerk, weersomstandigheden, fysieke of mentale inspanning, 'verbroedering' met collega's¹¹⁴ et cetera) die in enige relatie staan tot de arbeidsovereenkomst.

Wettige redenen voor het verlengen van de reistijd of het maken van een omweg van de 'normale' route zijn bijvoorbeeld: het doen van boodschappen (met name wanneer men de gehele week werkt en derhalve hiertoe niet veel gelegenheid heeft), het nemen van een verfrissing samen met de collega's in een café alvorens de weg naar huis aan te vangen (mits dit niet uitloopt op een langdurig drinkgelag), het bezoeken van een ziek familielid in het ziekenhuis, het bijwonen van een mis, het vieren van het traditionele St. Elooi's feest in een café, op stap gaan met de collega's om door te feesten na een bedrijfsreceptie. De onderbreking vanwege een wettige reden moet wel in een redelijke verhouding staan tot het belang van de aangevoerde reden en de normale reistijd en -afstand voor het afleggen van de normale route, afhankelijk van de omstandigheden van het geval.¹¹⁵

Onderbrekingen of afwijkingen van de 'normale' route worden echter niet geaccepteerd indien deze geheel zijn ingegeven door persoonlijke motieven, bijvoorbeeld om zichzelf binnen relatief korte tijd een flink stuk in de kraag te gieten. (Het lessen van door het werk veroorzaakte dorst zou nog wel aanvaardbaar zijn, ook indien het hierbij om een enkel biertje zou gaan.) Ook wordt de afwijking niet aanvaard als zij van buitensporige duur is.

De Belgische rechtspraak is al even royaal ten aanzien van het interpreteren van de 'geografische' normale weg. De arbeidsweg mag bijvoorbeeld worden verlengd om kinderen naar school te brengen en op te halen, zodat ook een val op het schoolplein een 'arbeidsongeval' kan zijn; om eten op te halen; om een

¹¹³ Art. 8 lid 1 onder 1 en 2 Arbeidsongevallenwet.

¹¹⁴ Illustratief is de uitspraak van Arbh. Bergen 9 februari 1994, De Verz. 529. In deze zaak onderbraken schouwspelartiesten na de voorstelling hun reis naar huis om elkaar eerst nog gezamenlijk te ontmoeten, waarbij een van hen op de weg naar het afgesproken café een ongeval overkwam. De rechter oordeelde in casu dat naast de gebruikelijke criteria hier tevens in overweging diende te worden genomen dat een dergelijke onderbreking voor schouwspelartiesten een gangbare professionele gewoonte is; dit gold in casu te meer daar het slachtoffer overleg had willen plegen met de andere artiesten over beroepsproblemen.

¹¹⁵ Vgl. Coppens 2009, p. 555.

omweg te maken teneinde een zeer drukke of (potentieel) gevaarlijke weg te vermijden, et cetera. Ter beoordeling van de vraag of de omweg belangrijk is (met andere woorden: een exoneratione middels een wettige reden of overmacht vergt) moet rekening gehouden worden met de normale afstand tussen de verblijfplaats van de werknemer en zijn werkplaats.¹¹⁶

In geval van overmacht mag de werknemer zowel in chronologische als geografische zin van de normale weg afwijken, afhankelijk van de omstandigheden van het geval. Als overmacht wordt bijvoorbeeld erkend het dringend wegbrengen van een familielid naar het ziekenhuis, of een defect voertuig. Ook hier geldt dat de omweg niet geoorloofd is indien zij alleen is ingegeven door redenen van persoonlijke aard (zoals het maken van een theevisite bij een kennis, het brengen van de auto naar een garage voor groot onderhoud¹¹⁷) of in verhouding tot de omstandigheden van het geval onredelijk lang is. Dan is de omweg immers niet meer 'normaal'.

Tot slot een laatste reden waarom art. 8 zoveel feitelijke betekenis heeft voor de werknemer: de Belgische wetgever heeft het gebruik van de weg door de werknemer in enkele bijzondere situaties gelijk gesteld met het gebruik van een arbeidsweg, zodat de werknemer ook in een dergelijke omstandigheid de bescherming van de Arbeidsongevallenwet toekomt. Deze situaties zijn limitatief opgesomd in art. 8 lid 2 Arbeidsongevallenwet en betreffen:¹¹⁸

- 1) "Van de plaats waar hij werkt naar de plaats waar hij zijn eetmaal neemt of het zich aanschafft, en omgekeerd;
- 2) Van de plaats waar hij werkt naar de plaats waar hij leergangen volgt met het oog op zijn beroepsopleiding en van die plaats naar zijn verblijfplaats;
- 3) Van de plaats waar hij werkt, in uitvoering van een arbeidsovereenkomst met een werkgever, naar de plaats waar hij zal werken in uitvoering van een arbeidsovereenkomst met een andere werkgever;
- 4) Van de plaats waar hij werkt naar de plaats waar hij zijn loon of het daarmee overeenstemmende bedrag in speciën geheel of gedeeltelijk int, en omgekeerd;
- 5) Om tijdens de opzeggingstermijn, binnen de grenzen vastgesteld door de wetgeving op de arbeidsovereenkomsten en met toestemming van de werkgever een nieuwe betrekking te zoeken;
- 6) Om zich, zelfs buiten de werkuren, van zijn verblijfplaats of van de plaats waar hij weer aan het werk is, naar zijn vroegere werkgever te begeven met

¹¹⁶ Cass. 21 maart 1983, AC 1982-83, 408 (De Schelde/Vaes) met conclusie van A-G Lenaerts.

¹¹⁷ Cass. 13 november 1995, RW 1996-1997, 134.

¹¹⁸ Zie nader Van Gossum & Van Molle 1991, p. 51-53.

- het oog op het afgeven of het afhalen van bescheiden, opgelegd door de sociale wetgeving, klederen of werkgerief, en omgekeerd;
- 7) Van de aanwervingsplaats naar de plaats waar het werk dient te worden uitgevoerd door de werknemer in dienst van ondernemingen voor het laden, lossen en behandelen van waren in havens, in de opslagplaatsen en de stations en van de werkgevers die zich bezig houden met scheepsherstelling, als vooraf geen arbeidsovereenkomst is gesloten;
 - 8) Door de zeelieden met het oog op hun aanmontering van het aanwervingsbureau voor zeelieden naar het waterschoutsambt;
 - 9) Van de plaats waar de huisarbeider grondstoffen of gedeeltelijk afgewerkte producten bewerkt die een werkgever hem heeft toevertrouwd naar de plaats waar hij die grondstoffen of producten afhaalt of levert, en omgekeerd.”

2.4.1.2 *Verkeersongeval in de uitoefening van de arbeidsovereenkomst*

Een bijzondere vorm van arbeidsongeval wordt gevormd door de categorie van verkeersongevallen tijdens het werk, bijvoorbeeld wanneer de werknemer in opdracht van de werkgever van filiaal A naar filiaal B rijdt en tijdens het vervullen van deze opdracht het slachtoffer wordt van een verkeersongeval. Een dergelijke gebeurtenis is volgens Belgisch recht een arbeidsongeval in enge zin omdat de werknemer zich tijdens zijn verplaatsing nog onder het gezag van de werkgever bevond.¹¹⁹ Ook het bewijsrecht is geheel conform het standaard bewijsrecht ten aanzien van reguliere arbeidsongevallen, inclusief de wettelijke vermoedens van de artt. 7 en 9 Arbeidsongevallenwet en is in zoverre in het voordeel van de werknemer ten opzichte van de reguliere bewijslastverdeling bij een vordering gebaseerd op onrechtmatige daad.¹²⁰

Tot 1997 vielen verkeersongevallen die plaatsvonden in de uitvoering van de arbeidsovereenkomst binnen de burgerlijke immunititeit van de werkgever. Daar is echter een einde aan gekomen door een uitspraak van het Belgische Arbitragehof waarin expliciet werd gesteld dat het verminderde gezag van de werkgever over de werknemer in het verkeer geen rechtvaardiging kon vormen om een (financieel) onderscheid te maken tussen een arbeidswegongeval en een arbeidsongeval in het verkeer.¹²¹ Het Hof achtte dit in strijd met het gelijkheidsbeginsel en het non-discriminatiebeginsel om slachtoffers van woon-werkverkeer wél een civielrechtelijke vordering tot volledige schadevergoeding te gunnen maar de slachtoffers van een arbeidsongeval in het

119 Vgl. Arbh. Brussel 3 januari 1994, De Verz. 1996, 240.

120 Heel uitvoerig over deze materie: Petit 2005, p. 155 e.v.

121 Arbitragehof nr. 3/1997, 16 januari 1997, B.S. 21 januari 1997. NB: vanaf 2009 heet het Arbitragehof voortaan het Grondwettelijk Hof.

verkeer – een volstrekt vergelijkbaar risico – niet. De Belgische wetgever heeft deze uitzondering snel gecodificeerd als art. 46 lid 1 onder 6° Arbeidsongevallenwet.¹²² Dit artikel omschrijft het verkeersongeval als “ieder ongeval in het wegverkeer waarbij één of meer al dan niet gemotoriseerde voertuigen zijn betrokken en dat verband houdt met het verkeer op de openbare weg.” De werknemer die sindsdien het slachtoffer is geworden van een verkeersongeval tijdens de arbeid, heeft nu twee keuzemogelijkheden. Hij kan kiezen voor een forfaitaire schadevergoeding van de verzekeraar van de werkgever conform het systeem van de Arbeidsongevallenwet of hij kan zich voor een volledige schadevergoeding wenden tot het civiele recht. In het laatste geval zal hij wel de schuld van de werkgever voor zijn schade moeten aantonen.

2.4.3 *De vervagende grens tussen werk en privé*

Indien de werknemer zich buiten de eigenlijke werkplaats bevindt, kan nog sprake zijn van een uitvoering van de arbeidsovereenkomst en mitsdien van een arbeidsongeval, indien de werknemer zich op het moment van het ongeval nog onder het gezag van de werkgever bevond (zoals bijvoorbeeld een chauffeur of een handelsreiziger). Dit wordt bijvoorbeeld aanvaard wanneer de werknemer deelneemt aan een door de werkgever georganiseerd personeelsfeest of aan sportwedstrijden in ondernemingsverband. Het volstaat hiertoe dat de werknemer zich ‘moreel’ verplicht voelde om aanwezig te zijn.¹²³

Wanneer de werknemer een ongeval overkomt tijdens het verrichten van werkzaamheden die weliswaar in enige mate zijn gerelateerd aan zijn gangbare werk, maar hij die werkzaamheden in kwestie op volstrekt vrijwillige basis verricht, is er géén sprake van een arbeidsongeval in de zin van de Arbeidsongevallenwet. Juist vanwege het vrijwillige karakter van de handeling ontbreekt dan het vereiste werkgeversgezag.¹²⁴

Doordat de maatstaf voor het aanvaarden van een gezagsverhouding bestaat in het al dan niet aanwezig zijn van een inbreuk op de persoonlijke vrijheid van de werknemer, kan zelfs sprake zijn van een arbeidsongeval tijdens een bedrijfsfeestje of tijdens bedrijfssport, wanneer de werknemer zich, hetzij door de druk uitgeoefend door de werkgever, hetzij door het belang van goede sociale contacten met de collega's, tijdens een dergelijke gelegenheid verwondt.¹²⁵

¹²² Wet van 25 januari 1999 houdende sociale bepalingen, B.S. 6 februari 1999.

¹²³ Simoens 1997, p. 111 en Van Eeckhoutte 2000, p. 119.

¹²⁴ Persyn, Janvier & Van Eeckhoutte 1990, p. 1267.

¹²⁵ Vgl. Persyn, Janvier & Van Eeckhoutte 1990, p. 1268.

Dit wordt bijvoorbeeld aanvaard wanneer de werknemer deelneemt aan een door de werkgever georganiseerd personeelsfeest of aan sportwedstrijden in ondernemingsverband. Het volstaat hiertoe dat de werknemer zich ‘moreel’ verplicht voelde om aanwezig te zijn.¹²⁶

2.5 *De schadeafwikkeling*

2.5.1 *De verzekeringsplicht van de werkgever*

Op grond van art. 49 jo. 91 Arbeidsongevallenwet is iedere werkgever op straffe van strafrechtelijke sancties verplicht zijn werknemers te verzekeren tegen de materiële schade voortvloeiende uit letsel ten gevolge van arbeidsongevallen in de zin van de Arbeidsongevallenwet. Hij heeft daartoe de keuze uit circa twintig door de overheid gemachtigde verzekeringsinstellingen, waarvan een ruime meerderheid particuliere verzekeraars betreft. Indien een werkgever echter zijn wettelijke plicht om zijn werknemers te verzekeren heeft verzuimd, wordt hij geacht ambtshalve aangesloten te zijn bij het Fonds voor Arbeidsongevallen (FAO), wat als waarborgfonds fungeert.¹²⁷ In het kader van zijn vangnetfunctie vergoedt het FAO de onverzekerde werknemer alle (forfaitaire) vergoedingen waar deze op grond van de Arbeidsongevallenwet recht heeft.¹²⁸

2.5.2 *Uitkering en financiering*

De uitkering van de uit hoofde van de Arbeidsongevallenwet aan de werknemer toekomende schadevergoedingen komt ten laste van de verzekeringsinstantie bij wie de werkgever zijn aansprakelijkheid heeft verzekerd.¹²⁹ Deze aansprakelijkheid betreft krachtens art. 49 Arbeidsongevallenwet alle risico's omschreven in de artt. 8 en 9 Arbeidsongevallenwet voor alle activiteiten welke door de werknemers tijdens en door het feit van de uitvoering van de arbeidsovereenkomst worden verricht. Dit zijn alle arbeidsongevallen in de zin van de Arbeidsongevallenwet en de daarmee gelijkgestelde ongevallen op de weg van en naar het werk.¹³⁰

De verzekeringsinstellingen worden gefinancierd door de premies die de werkgevers op grond van hun wettelijke verzekeringsplicht tegen werkgeversaansprakelijkheid voor arbeidsongevallen aan hen moeten afdragen. De hoogte van deze premies is afhankelijk van de kans op een arbeidsongeval in een bedrijf en de frequentie van claims van werknemers van het bedrijf in het

¹²⁶ Simoens 1997, p. 111 en Van Eeckhoutte 2000, p. 119.

¹²⁷ Art. 60 Arbeidsongevallenwet.

¹²⁸ Vgl. Petit 2005, p. 415 e.v.

¹²⁹ Art. 68 Arbeidsongevallenwet; Arbh. Luik 22 september 1994, De Verz. 1996, 32.

¹³⁰ Zie art. 8 lid 2 Arbeidsongevallenwet.

verleden. De Belgische wetgever laat de hoogte van de verzekeringspremies vrij, zodat tussen de erkende verzekeringsinstellingen vrije concurrentie bestaat.

Zowel de verzekeraars als de FAO kunnen zich via regres verhalen op de voor de schade verantwoordelijke partij; verhaal op de gelaedeerde werknemer zelf is echter niet mogelijk.

Teneinde onverzekerde van de werkgever te ontmoedigen gaat de ‘ambts-halve aansluiting’ bij het Fonds voor Arbeidsongevallen gepaard met een werkgeversbijdrage die aanzienlijk hoger is dan de gangbare verzekeringspremie. Naast deze min of meer onvrijwillige bijdrages wordt het FAO verder hoofdzakelijk gefinancierd uit de premiebijdragen van zeelieden en vissers, een door de werkgever te betalen sociale zekerheidsbijdrage van 0,3% op het loon van al zijn werknemers en een bijdrage van 20% op de door verzekeraars geïnde premie voor werknemers die niet onder een stelsel van sociale zekerheid vallen, zoals bijvoorbeeld studenten.

2.5.3 *De schadeafwikkelingsprocedure*

De schadevergoeding voor de gelaedeerde werknemer uit hoofde van de Arbeidsongevallenwet komt niet uit de lucht vallen: hiertoe dient eerst voldaan te zijn aan bepaalde vereisten en procedures. Deze periode wordt aangeduid als ‘enterinement’ en kan in het geval van blijvende invaliditeit twee jaar duren.¹³¹

Een en ander vangt aan met de vervulling van de meldingsplicht van *ieder* ongeval wat plaats heeft gevonden tussen het tijdstip dat de werknemer zijn drempel overschrijdt om zich naar zijn werk te begeven en het moment dat hij weer is thuis gekomen én tot schade heeft geleid. De aanmelding gebeurt bij de verzekeraar, het Ministerie van Tewerkstelling en Arbeid (Technische Inspectie) en de arbeidsgeneeskundige dienst van de werkgever. Dit geldt eveneens voor ieder gebeuren dat in de toekomst aanleiding zou kunnen geven tot toepassing van de Arbeidsongevallenwet. Deze aanmelding dient binnen wettelijke termijnen te geschieden door de werkgever; indien hij hierin nalatig is, mag de werknemer (of zijn rechthebbenden) dit overnemen.¹³²

¹³¹ Auty & Humphreys 2000, p. 18-19.

¹³² Art. 62 Arbeidsongevallenwet; aanmelding van arbeidsongevallen moet binnen vijf werkdagen vanaf de dag volgende op het ongeval geschieden, tenzij er sprake is van een ernstig ongeval (i.e. tenminste 30 dagen arbeidsongeschiktheid) wanneer het binnen twee dagen moet gebeuren.

Vervolgens zal de verzekeringsmaatschappij de werknemer benaderen met een voorstel ten aanzien van zijn vergoeding, welke tenminste betrekking zal hebben op het percentage arbeidsongeschiktheid, de hoogte van zijn basisloon¹³³ en het tijdstip van het consolidatiemoment. Indien hij hiermee akkoord gaat, wordt de overeenkomst 'gehomologeerd'. Binnen de daarop volgende drie jaar heeft de verzekeraar het recht om de gelaedeerde werknemer opnieuw te laten keuren; daarna is de 'homologatie' voor de verzekeraar definitief. De werknemer kan echter te allen tijde het percentage van zijn arbeidsongeschiktheid opnieuw laten keuren. Als de verzekeraar en de werknemer het echter niet eens kunnen worden, wacht hen de gang naar de arbeidsrechter. Aanleiding hiertoe kan bijvoorbeeld gevonden worden in verschillende waarderingen van een plotselinge gebeurtenis of de mate van arbeidsongeschiktheid, verschil van mening welke 'perks of the job' als bestanddeel van het basisloon moet worden meegerekend, onenigheid over een wettige reden om van de arbeidsweg af te wijken, het al dan niet bestaan van een arbeidsovereenkomst of een gezagsverhouding, het recht op een prothese et cetera.¹³⁴

2.5.4 Schadeposten

2.5.4.1 Materiële schade

De Arbeidsongevallenwet vergoedt uitsluitend de materiële schade (zaak- en vermogensschade) die het resultaat is van een inbreuk op de lichamelijke integriteit van de werknemer. In ieder geval dient de inbreuk op de lichamelijke integriteit van de werknemer aanleiding te hebben gegeven tot het maken van kosten en een nadelige weerslag te hebben op het concurrentievermogen van de werknemer.¹³⁵ Dit betekent dat de werknemer zelfs recht kan hebben op een vergoeding zonder dat hij loonverlies lijdt.¹³⁶

Voor vergoeding komen zowel het 'directe' letsel, dat als een onmiddellijk gevolg uit een ongeval voortvloeit, als latere verergeringen in aanmerking.

¹³³ Het basisloon is het loon waarop de werknemer recht had gedurende het hele, volledige jaar voorafgaand aan de dag van het ongeval, vgl. art. 34 Arbeidsongevallenwet. Het basisloon wordt vastgesteld aan de hand van het eigenlijke loon, inclusief vakantiegeld, de overuren, betaalde feestdagen, premies, drinkgeld, tips, voordelen in natura, etc.

¹³⁴ Meer uitvoerig: Persyn, Janvier & Van Eeckhoutte 1990, p. 1391-1397.

¹³⁵ Onder kosten wordt verstaan: medische verzorging, geneesmiddelen en/of prothesen. Arbh. Brussel 6 mei 1996, De Verz. 1997, 86: een pijn die geheel op zichzelf staat en nauwelijks geobjectiveerd kan worden en die noch de arbeidsgeschiktheid noch het concurrentievermogen van de werknemer aantast, geeft geen aanleiding tot een Arbeidsongevallenwet-vergoeding. Zie ook Arbh. Bergen 8 november 1995, De Verz. 1996, 257.

¹³⁶ Cass. 15 januari 1996, RW 1995-1996 en Arbh. Bergen 8 november 1995, De Verz. 1996, 257 en 1088; zie ook Bolle 1990, p. 253.

Een voorbeeld van het laatste: een verslechtering van de psychologische staat van een werknemer, die tenminste gedeeltelijk te wijten is aan de nawerking van een eerder ongeval en het daaruit voortvloeiende verlies van zijn betrekking.¹³⁷

Naast de forfaitaire vergoedingen die gerelateerd zijn aan het loon van de werknemer en de duur van zijn arbeidsongeschiktheid, waarop in de hierna volgende paragrafen nader zal worden ingegaan, heeft de werknemer recht op vergoeding van diverse posten in de sfeer van de medische behandeling. Zo heeft de werknemer recht op volledige vergoeding van de medische kosten die zijn veroorzaakt door het ongeval.¹³⁸ Hieronder worden verstaan de medische, chirurgische, tandheelkundige en farmaceutische verzorging, verzorging in het ziekenhuis en de kosten van verpleging. Hij is in beginsel vrij in zijn keuze van arts, ziekenhuis of farmaceutische verzorging, tenzij de werkgever of de erkende verzekeraar zelf op wettelijk goedgekeurde wijze gepaste voorzieningen heeft getroffen. In dat geval heeft hij een keuze uit tenminste drie artsen.

Daarnaast komt de werknemer een vergoeding toe voor de aanschaf en het onderhoud van prothesen en orthopedische hulpmiddelen, die ingevolge het arbeidsongeval noodzakelijk zijn geworden. Hiermee worden bedoeld de kunst- en hulpmiddelen die op nuttige wijze de aangetaste of verzwakte lichaamsfuncties kunnen herstellen tot een optimale benadering van de vroegere toestand of het gebruik ervan kunnen vervangen, op zo'n wijze dat het de gelaedeerde werknemer mogelijk wordt gemaakt om, met consideratie van zijn leeftijd, beroepsmogelijkheden, gezins- en sociale status, een zo normaal mogelijk leven te voeren. Ook aanpassingen aan de woning kunnen hiertoe behoren.¹³⁹ Het is niet vereist dat de hulpmiddelen tevens de arbeidsongeschiktheid verminderen of van duurzame aard zijn. Zo kan zelfs een auto kwalificeren als prothese voor iemand zonder kracht of gevoel in zijn benen en hetzelfde geldt voor een geïmplanteerde neurostimulator die pijn bestrijdend werkt.¹⁴⁰

Ook verplaatsingskosten komen voor vergoeding in aanmerking wanneer de verplaatsing van zijn persoon het noodzakelijke gevolg is van het arbeidsongeval of daaruit voortvloeit.¹⁴¹ Dit kan het geval zijn indien de gela-

¹³⁷ Arbh. Luik 27 november 1995, Soc. Kron. 1997, 96.

¹³⁸ Art. 28 Arbeidsongevallenwet; zie ook Coppens 2009, p. 562 e.v.

¹³⁹ Vgl. Coppens 2009, p. 579.

¹⁴⁰ Art. 28 Arbeidsongevallenwet; vgl. Arbh. Antwerpen 5 september 1994, RW 1995-96, 114 en Arbh. Antwerpen 31 juli 1990, Soc. Kron. 1994, 292.

¹⁴¹ Art. 33 Arbeidsongevallenwet; vgl. ook Bolle 1990, p. 292-294.

deerde werknemer zich moet verplaatsen op verzoek of met toestemming van de verzekeringsmaatschappij of het Fonds voor Arbeidsongevallen, in het kader van een gerechtelijke expertise of om medische redenen. Vergoedingen worden toegekend voor het gebruik van het openbaar vervoer, een eigen auto bij een afstand groter dan 5 km en een ziekenwagen in geval van dringende medische belangen. Ook familieleden hebben, wanneer de werknemer in het ziekenhuis is opgenomen, in zeer bescheiden mate recht op verplaatsingskosten.

Tot slot komt ook de hulp van derden voor vergoeding in aanmerking, indien de ernstig gelaedeerde werknemer dergelijke bijstand nodig heeft om daardoor in staat te blijven om aan het maatschappelijk verkeer deel te blijven nemen.¹⁴²

2.5.4.2 *Immateriële schade*

De verzekeraar behoeft op grond van de Arbeidsongevallenwet alleen de schade te vergoeden die betrekking heeft op de lichamelijke integriteit van de werknemer. Dit betekent dat de werknemer geen immateriële schade ('morele schade') van hem kan claimen.¹⁴³

Jorens heeft zich afgevraagd of het principe van de burgerlijke immuniteit ook betrekking heeft op morele schade, nu deze niet in aanmerking komt voor vergoeding door de arbeidsongevallenverzekeraar.¹⁴⁴ Kan de werknemer zich hiervoor tot de civiele rechter wenden? In 2001 heeft het Arbitragehof deze vraag ontkennend beantwoord.¹⁴⁵ De reden hiervoor is gelegen in het in beginsel absolute karakter van de immuniteit; zij is juist bedoeld om de sociale rust in de onderneming te beschermen. De Belgische werknemer ontvangt naar aanleiding van een arbeidsongeval (of een beroepsziekte) derhalve geen smartengeld van hetzij de verzekeraar, hetzij de werkgever.

Enigszins tegenstrijdig hiermee lijkt art. 32 undecies van de Welzijnswet van 4 augustus 1996¹⁴⁶ in samenhang met de wet van 11 juni 2002 betreffende de bescherming tegen geweld, pesterijen en ongewenst seksueel gedrag op het werk (de zogenaamde 'Pestwet') te zijn. Op grond hiervan kan de werk-

¹⁴² Art. 24 lid 4 Arbeidsongevallenwet; zie ook Cass. 1 februari 1993, RW 1993-1994, 87, Arbh. Gent 18 november 1993, Soc. Kron. 1994, 311, Arbh. Gent 22 september 1994, De Verz. 1996, 41 en Van Gossum & Van Molle 1991, p. 92-93.

¹⁴³ Vgl. Arbh. Antwerpen 25 februari 2003, AR 890087.

¹⁴⁴ Jorens 2004, p. 553.

¹⁴⁵ Arbitragehof nr. 31/2001, 1 maart 2001, B.S. 17 mei 2001. Vgl. ook Van de Velden & Schamp 1981, p. 100.

¹⁴⁶ B.S. 18 september 1996.

nemer namelijk wél zijn werkgever aansprakelijk stellen voor zijn schade als gevolg van geweld, pesterijen en seksuele intimidatie. Hoewel de werknemer als eiser formeel moet voldoen aan art. 870 Gerechtelijk Wetboek ('wie eist, bewijst'), is het bovengenoemde artikel zodanig ruim gefraseerd dat een gepeste werknemer in rechte slechts een reeks aanwijzingen behoeft aan te voeren ter onderbouwing van zijn vordering tot schadevergoeding, terwijl het aan de werkgever is om een en ander gemotiveerd te weerleggen. Vervolgens is het aan de rechter om te oordelen of sprake is van een 'belaging' in de zin van de Welzijnswet. Gelet op de omstandigheid dat de schade onder deze omstandigheden veelal van een immateriële aard zal zijn, lijkt het erop dat immateriële schade als gevolg van geweld, pesterijen of seksuele intimidatie vanuit juridisch perspectief een 'status aparte' heeft ten opzichte van de 'gewone' immateriële (morele) schade als gevolg van een arbeidsongeval. Hierdoor geniet de werkgever immers burgerlijke immuniteit, ook ten aanzien van vorderingen van de werknemer voor smartengeld. Dit lijkt erop te wijzen dat de Belgische wetgever ten aanzien van de Arbeidsongevallenwet nog geen oog heeft gehad voor het feit dat de gezondheid van de werknemer ook een belangrijk en onscheidbaar psychisch aspect in zich bergt.

In de praktijk is het verschil echter van verwaarloosbaar belang. Het evaluatieverslag naar aanleiding van het tweejarig bestaan van de wet van 11 juni 2002 concludeert dat van de twintig rechtszaken die in deze periode met betrekking tot deze wet zijn gevoerd, niet één tot aansprakelijkheid van de werkgever heeft geleid.¹⁴⁷ Gebrek aan bewijs aan de zijde van de werknemer, gekoppeld met verschillende opvattingen over wat in de praktijk geweld, pesterijen en ongewenst seksueel gedrag op het werk constitueert, lijkt hiervoor de meest voorkomende oorzaak te zijn.

2.5.5 Tijdelijke arbeidsongeschiktheid

Wanneer de werknemer naar redelijke medische verwachting in staat zal zijn om na verloop van enige tijd zijn werk te hervatten, maar dit omwille van zijn herstel en gezondheid nog even moet laten, wordt gesproken van tijdelijke arbeidsongeschiktheid. Hij kan dan aanspraak maken op twee soorten uitkeringen: een uitkering voor de dag waarop het ongeval heeft plaatsgevonden en een daguitkering.

De eerste uitkering betreft een vergoeding die gelijk is aan het dagloon minus het loon dat de gelaedeerde werknemer eventueel heeft verdiend.

¹⁴⁷ FOD 2005, p. 58.

Ten aanzien van de daguitkering wordt een onderscheid gemaakt tussen een volledige en een gedeeltelijke arbeidsongeschiktheid. In geval van tijdelijke, volledige arbeidsongeschiktheid kan hij aanspraak maken op een dagelijkse vergoeding van 90% van het gemiddelde dagloon. Dit dagloon is $\frac{1}{365}^{\text{ste}}$ deel van het basisloon, wat wordt berekend naar het loon waarop de werknemer recht had gedurende het hele, volledige jaar voorafgaand aan het ongeval.¹⁴⁸ Het dagloon wordt per kalenderdag toegekend.¹⁴⁹ Let wel: niet het feitelijke loonverlies als zodanig wordt vergoed, maar de vermindering van het concurrentievermogen op de arbeidsmarkt. Hierbij geldt het salaris als referentiekader.

Per 1 januari 2009 is de vergoeding van het basisloon beperkt tot een forfaitair plafond van € 36.809,73 op jaarbasis, terwijl het minimale basisloon is vastgesteld op € 5.948,76.¹⁵⁰ Dit bedrag wordt ingevolge artt. 2 en 4 Arbeidsongevallenwet jaarlijks per 1 januari aangepast aan de index van de consumptieprijzen. Het forfaitaire karakter van de Arbeidsongevallenwet brengt met zich dat, indien de gelaedeerde werknemer op jaarbasis méér verdient dan dit forfaitaire bedrag, hij het verschil zelf moet dragen, tenzij hij dan wel zijn werkgever de vooruitziende blik heeft gehad om een vrijwillige aanvullende verzekering af te sluiten (terzake van het zgn. *excedentloon*). Een dergelijke aanvullende verzekering wordt niet beheerst door de Arbeidsongevallenwet maar door het civiele recht. Dit betekent dat de werkgever géén civielrechtelijke immuniteit geniet voor het deel van inkomensschade dat boven de forfaitaire maximuminkomengrens uitstijgt.¹⁵¹

De verzekeraar mag aan de werkgever verzoeken de mogelijkheden van wedertewerkstelling te onderzoeken, hetzij in de 'oude' functie hetzij in een 'passende' functie die de werknemer nog kan verrichten, gelet op de aard van zijn arbeidsongeschiktheid.¹⁵² Indien de werknemer een dergelijk aanbod van de werkgever accepteert, krijgt hij een vergoeding die gelijk is aan het verschil tussen zijn 'oude' functie voor het ongeval en zijn 'nieuwe' functie. Als hij echter een passende functie weigert of voortijdig verlaat, krijgt hij niet meer dan een vergoeding die overeenstemt met het niveau van zijn arbeidsongeschiktheid, berekend naar zijn arbeidsmogelijkheden in zijn oorspronkelijke of voorlopig aangeboden beroep.¹⁵³

¹⁴⁸ Vgl. art. 34 Arbeidsongevallenwet. Vgl. ook Coppens 2009, p. 583

¹⁴⁹ Art. 22 Arbeidsongevallenwet.

¹⁵⁰ Art. 39 Arbeidsongevallenwet.

¹⁵¹ Auty & Humphreys 2000, p. 19.

¹⁵² Art. 23 Arbeidsongevallenwet.

¹⁵³ Art. 23 onder 3 Arbeidsongevallenwet.

2.5.6 *Blijvende arbeidsongeschiktheid*

De werknemer is naar Belgisch recht blijvend arbeidsongeschikt vanaf het zogenaamde ‘consolidatiemoment’. Dit is het moment dat het letsel een bestendig karakter vertoont en verder herstel van het arbeidsvermogen niet meer in redelijkheid te verwachten valt.¹⁵⁴ De consolidatie van het letsel is een medisch feit dat door de behandelende arts in een schriftelijk akkoord wordt vastgelegd. Hij stelt daarbij het percentage blijvende arbeidsongeschiktheid vast aan de hand van de Officiële Belgische Schaal tot vaststelling van de graad van Invaliditeit (O.B.S.I.). Vervolgens bekrachtigen de gelaedeerde werknemer en de verzekeraar de consolidatie van het letsel, de datum van consolidatie, de graad van arbeidsongeschiktheid en de berekening van de uitkering in een overeenkomst of, bij verschil van mening, in een gerechtelijk vonnis.

Vanaf dit moment worden de vergoedingen waar de gelaedeerde werknemer recht op heeft ‘toelagen’ genoemd. Wanneer het arbeidsongeschiktheidsniveau na de termijn van herziening hoger is dan 10%, wordt gesproken van een ‘rente’.¹⁵⁵ De toelage wordt berekend door het basisloon te vermenigvuldigen met het percentage van de arbeidsongeschiktheid.¹⁵⁶

Daarnaast heeft de blijvend arbeidsongeschikte werknemer recht op een aanvullende geïndexeerde bijslag. De hoogte hiervan is afhankelijk van het percentage van zijn arbeidsongeschiktheid en de hoogte van zijn basisloon. Indien de graad van arbeidsongeschiktheid echter minder bedraagt dan 5%, wordt de vergoeding met 50% gereduceerd. Bedraagt de arbeidsongeschiktheid een percentage tussen 5 en 10%, dan volgt een vermindering van 25%.¹⁵⁷

Deze bedragen zijn geldig met ingang van 1 januari 2009, per procent arbeidsongeschiktheid:

– ongeschiktheid < 10%	€ 53,51
– ongeschiktheid 10-35%	€ 77,94
– ongeschiktheid 36-65%	€ 103,84
– ongeschiktheid > 65%	€ 131,80

¹⁵⁴ Art. 24 Arbeidsongevallenwet. Zie ook Cass. 21 september 1999, AR 9850 en Arbh. Bergen 18 oktober 2002, De Verz. 2003, 732.

¹⁵⁵ Art. 72 Arbeidsongevallenwet: wanneer de werknemer een fysieke verbetering of verslechtering toont of ten gevolge van het ongeval overlijdt binnen drie jaar na het sluiten van de uitkeringsovereenkomst met de verzekeraar of het terzake in kracht van gewijsde gegane vonnis, kunnen zowel hijzelf, de rechthebbenden als de verzekeraar binnen deze termijn een eis tot herziening van de overeenkomst of het vonnis instellen. Vgl. Van Gossum & Van Molle 1991, p. 98-100.

¹⁵⁶ Zie artt. 22-23bis.

¹⁵⁷ Vgl. KB 31 maart 1984.

3 Aansprakelijkheid van de werkgever voor beroepsziekten

3.1 *De uitgangspunten van de Beroepsziektenwet*

De aansprakelijkheid van de werkgever voor beroepsziekten van de werknemer is voor het eerst integraal geregeld in de Beroepsziektenwet van 1927. Deze wet kende echter veel gebreken. Zij werd daarom bij de wet van 24 december 1963 ingrijpend aangepast en vervolgens gecoördineerd bij Koninklijk Besluit van 3 juni 1970.¹⁵⁸

De Beroepsziektenwet is in hoofdlijnen afgestemd op de Arbeidsongevallenwet. Een belangrijke overeenkomst is bijvoorbeeld de wettelijke plicht van iedere werkgever om zijn personeel tegen beroepsziekten te verzekeren. Dit is alleen mogelijk bij het Fonds voor de Beroepsziekten. Voorts geniet de werkgever ook burgerlijke immuniteit tegen aansprakelijkheid vanwege beroepsziekten en is hij daardoor gevrijwaard van civielrechtelijke aanspraken tot schadevergoeding van de werknemer (behoudens een zwaarwichtige overtreding¹⁵⁹). Net als bij de Arbeidsongevallenwet behoeft de werknemer in geval van een wettelijk erkende beroepsziekte geen fout van de werkgever aan tonen en is de uitkering van forfaitaire aard.

De Beroepsziektenwet kent echter ook belangrijke verschillen met de Arbeidsongevallenwet, die vooral gelegen zijn in het feit dat een beroepsziekte zowel vanuit juridisch als medisch perspectief aanzienlijk gecompliceerder is dan een arbeidsongeval. Anders dan bij arbeidsongevallen is de juiste diagnose, behandeling en prognose van een beroepsziekte zelden onmiddellijk evident of eenduidig. Zo is het causaal verband tussen een ziekte en de arbeidsomstandigheden vaak moeilijker aan te tonen dan bij een arbeidsongeval, zeker indien de ziekte een lange incubatieperiode kent of meerdere oorzaken kan hebben die ook in de privé-sfeer kunnen liggen.

Om in aanmerking te komen voor een uitkering op grond van de Beroepsziektenwet moet een persoon voldoen aan twee voorwaarden. Ten eerste moet hij behoren tot de kring der gerechtigden van de Beroepsziektenwet. Art. 2 lid 1 Beroepsziektenwet definieert deze personen als degenen die een arbeidsovereenkomst hebben; de werknemers die vallen onder de wetten op de sociale zekerheid; herscholende werklozen, leerlingen, leerjongens

¹⁵⁸ De integrale en courante Beroepsziektenwet kan worden gevonden op de officiële website 'Juridat' van de Belgische rechterlijke macht (www.cass.be) door in de rubriek 'wetgeving' de gegevens in te vullen van de afkondigingsdatum van de Beroepsziektenwet, te weten 3 juni 1970 (1970-06-03).

¹⁵⁹ Art. 51 lid 1 onder 1° Beroepsziektenwet, vgl. ook Van Regenmortel & Vervliet 2003, p. 128.

en -meisjes, stagiaires en studenten.¹⁶⁰ Uiteraard moeten zij gedurende de uitoefening van hun werkzaamheden aantoonbaar zijn blootgesteld aan het beroepsmatige risico van een beroepsziekte. Ambtenaren en zelfstandigen kennen hun eigen beroepsziektenregelingen en kunnen derhalve geen aanspraak maken op de Beroepsziektenwet. Ten tweede moet er, vanzelfsprekend, sprake zijn van een beroepsziekte. De beroepsziekte wordt in art. 32 lid 2 Beroepsziektenwet omschreven als “(...) de blootstelling aan de schadelijke invloed [die] inherent is aan de beroepsuitoefening en beduidend groter is dan de blootstelling van de bevolking in het algemeen, en indien deze blootstelling volgens algemeen aanvaarde medische inzichten, van aard is om de ziekte te veroorzaken.” Niettemin blijft het moeilijk om een sluitende definitie te geven van het begrip ‘beroepsziekte’.¹⁶¹

Inhoudelijk wordt de Beroepsziektenwet aangeduid als een gemengd systeem. Zij kent namelijk een dubbele grondslag: het ‘gesloten systeem’, ook wel lijstsysteem genaamd, en het ‘open systeem’. In de hierna volgende paragrafen zullen deze vergoedingssystemen nader worden toegelicht.

3.1.1 *Het lijstsysteem*

Het gesloten of lijstsysteem bestaat in essentie uit een officiële lijst van wettelijk erkende beroepsziekten die voortdurend wordt geactualiseerd wanneer daartoe aanleiding bestaat.¹⁶² Het ambtelijk karakter van deze lijst betekent in de praktijk echter dat zij vaak achter loopt bij de meest actuele medisch-wetenschappelijke inzichten.

Achter het principe van de beroepsziektelijst schuilt de gedachte dat het juridisch gezien een zware opgave is om het causaal verband aan te tonen tussen de hoogst individuele omstandigheden en symptomen van een ziekte en de uitoefening van een zeker beroep, ook al lijkt een relatie tussen beiden aanemelijk op grond van de omstandigheden van het geval. Om deze reden

160 Bij Koninklijk Besluit kan de scope worden uitgebreid, vgl. art. 2 par. 3. De Beroepsziektenwet kent ook personen die van de werking van de wet zijn uitgezonderd, zoals bijvoorbeeld militairen, vgl. art. 2 par. 1 sub a-d.

161 De artsen van het FBZ beoordelen of de aanvrager van een uitkering slachtoffer is van een beroepsziekte. Het lijkt kwestieus of dit kan worden aangemerkt als een onafhankelijk besluit.

162 Vgl. art. 30 en 32 Beroepsziektenwet; zie ten aanzien van de lijst: KB 28 maart 1969 (B.S. 3 december 1969), KB van 12 juli 1991 (B.S. 21 augustus 1991) en KB 28 maart 1999. Ook beroepsziekten, die als zodanig zijn omschreven in de internationale verdragen waartoe België zich heeft verbonden, gelden als erkende beroepsziekten; de lijst van erkende beroepsziekten wordt, ook met het oog op deze internationale ontwikkelingen, voortdurend aangepast en uitgebreid. De actuele lijst kan gevonden worden op de website van het FBZ, www.fbz.fgov.be in de rubriek ‘lijsten’.

heeft de Belgische wetgever gekozen voor de relatieve eenvoud van een lijst van erkende beroepsziekten.¹⁶³

Voor de werknemer is het voordeel van het lijststelsel vooral gelegen in het feit dat als hij een gediagnosticeerde ziekte onder de leden heeft die voorkomt op deze lijst, hij gebruik kan maken van een relatief gunstige bewijsregeling.¹⁶⁴ Om in aanmerking te komen voor een uitkering van het Fonds voor de Beroepsziekten (FBZ) dient hij slechts aan te tonen dat hij:

- lijdt aan een ziekte die voorkomt op de lijst en
- gedurende zijn arbeid is blootgesteld aan het ‘beroepsrisico dezer ziekte’ ofwel beduidend meer dan de algemene bevolking is blootgesteld aan bepaalde schadelijke stoffen of omstandigheden die zijn ziekte kunnen veroorzaken.¹⁶⁵

Als de werknemer erin slaagt om dit dubbele bewijs te leveren, slaat hij twee vliegen in één klap. Ten eerste wordt dan een onweerlegbaar vermoeden van een causaal verband tussen de ziekte en de arbeid aangenomen. Ten tweede is de Beroepsziektenwet dan van toepassing, *ongeacht* hoeveel tijd er is verstreken tussen het vermoede tijdstip van de blootstelling aan de ziekteveroorzakende factor en de openbaring van zijn ziekte. België kent daardoor geen verjaringsperikelen ten aanzien van ‘long tail’ beroepsziekten, in tegenstelling tot Nederland. Aangezien de ziekten die op de lijst vermeld staan alleen ziekten betreffen die worden veroorzaakt door een typisch beroepsmatige blootstelling van méér dan ‘gewone’ blootstelling aan de onderhavige stoffen, wordt in de praktijk een ziekte bijna als een automatisch gegeven als beroepsziekte erkend wanneer zij deel uitmaakt van de lijst.¹⁶⁶

Ook wordt een (door het FBZ weerlegbaar) vermoeden van blootstelling aanvaard indien de werknemer ten tijde van zijn blootstelling heeft gewerkt in een industrie die is vermeld op een officiële lijst¹⁶⁷ van bedrijfstakken, beroepen

¹⁶³ Vgl. Van Langendonck & Put 2002, p. 385-387.

¹⁶⁴ Vgl. de artt. 32 en 38 Beroepsziektenwet.

¹⁶⁵ Zie voor nadere toelichting Van Langendonck & Put 2002, p. 386-387.

¹⁶⁶ Het welhaast asymptotisch toenemend medisch-wetenschappelijk inzicht in beroepsziekten betekent echter niet langer automatisch dat het enkele feit dat een beroepsziekte als zodanig op de lijst staat, zonder meer doorslaggevend is. Zo zal een beroepsmatig slachtoffer van larynxkanker, wat in 2005 aan de lijst is toegevoegd, tevens moeten aantonen dat hij tenminste 20 jaar geleden aan een cumulatieve van tenminste 25 asbestvezel jaren asbest is blootgesteld; maar zo’n aanvullende vereiste is uitzonderlijk. Wellicht schuilt de reden voor deze specifieke uitzondering in het feit dat larynxkanker ook door langdurige sigaretconsumptie kan zijn veroorzaakt, derhalve een oorzaak in de privésfeer.

¹⁶⁷ KB 11 juli 1969, gepubliceerd in het Belgisch Staatsblad van 15 juli 1969.

en ondernemingen, waarin de door een beroepsziekte getroffen werknemer wordt vermoed aan een beroepsrisico te zijn blootgesteld.

In 2007 heeft de Belgische wetgever de werknemer nog een extra bewijsvoordeel gegund door te bepalen dat wie werk heeft verricht in specifieke sectoren, beroepen of categorieën van ondernemingen, wordt vermoed behoudens bewijs van het tegendeel aan de in die omgeving voorkomende beroepsrisico's te zijn blootgesteld. Zo kan van een werknemer die met een pneumatische hamer heeft gewerkt, vermoed worden dat hij is blootgesteld aan het beroepsrisico van been- en gewrichtsziekten.¹⁶⁸

3.1.2 *Het open of gemengd systeem*

Het lijststelsel is zonder enige noemenswaardige verandering van belang gehandhaafd tot 1990. In dat jaar heeft de Belgische wetgever, in navolging van EU-aanbevelingen¹⁶⁹, het 'gesloten' karakter van de beroepsziektelijst enigszins losgelaten door te bepalen dat voortaan ook slachtoffers van ziekten, die niet op de lijst zijn opgenomen, schadeloos gesteld kunnen worden. Als voorwaarde hiervoor moeten zij wel kunnen aantonen dat hun ziekte voortvloeit uit de uitoefening van hun beroep. Dit maakt het mogelijk dat ook slachtoffers (en hun rechthebbenden) van niet-erkende ziekten aanspraak kunnen maken op een vergoeding door het Fonds voor de Beroepsziekten.¹⁷⁰

De werknemer die het slachtoffer is van een beroepsziekte die niet op de gesloten lijst staat vermeld, heeft het vanuit bewijsrechtelijk gezichtspunt aanmerkelijk moeilijker dan zijn collega die een wél erkende beroepsziekte heeft. Hij moet dan aantonen dat a) hij een specifieke ziekte heeft, dat b) er een zgn. 'rechtstreeks en determinerend' causaal verband bestaat tussen zijn ziekte en de blootstelling aan het beroepsrisico en c) dat zijn blootstelling heeft plaatsgevonden terwijl hij in dienst was (of is) van een werkgever die onder de toepassing van de Beroepsziektenwet valt.¹⁷¹ Het eerste vereiste is vanuit medisch perspectief al niet eenvoudig aan te tonen en het tweede vanuit juridisch oogpunt nog minder. Veel beroepsziekten kunnen namelijk worden veroorzaakt door (een samenspel van) meerdere (al dan niet werkge-

¹⁶⁸ KB van 6 februari 2007, zie ook Coppens 2009, p. 601.

¹⁶⁹ Vgl. een IAO-conventie van deze strekking in 1964 en de aanbevelingen van de EG van 23 juli betreffende een Europese lijst van beroepsziekten, PB. 31 augustus 1962, en van 20 juli 1966 betreffende de voorwaarden voor het vergoeden van slachtoffers van beroepsziekten, PB 9 augustus 1966.

¹⁷⁰ Vgl. Vandeweerdt 1994, p. 1045-1059.

¹⁷¹ Art. 30bis jo. 32 lid 5 Beroepsziektenwet. In navolging van de aanbevelingen van de Europese Commissie van 22 mei 1990 (90/326/EEG, Pb. L nr. 160/39 van 26 juni 1990), die voortbouwen op de aanbevelingen van 23 juli 1962 en 20 juli 1966, waarin het beginsel van een open stelsel al voorzichtig werd gepromoveerd.

relateerde) factoren, zodat aan het zeer strenge vereiste van ‘determinerend’ niet kan worden voldaan. Wie bijvoorbeeld zijn rug heeft overbelast met het tillen van vuilnis, bakstenen, stobalen of patiënten zal het moeilijk vallen om een succesvol beroep te doen op een uitkering van het FBZ, ook al is het algemene kennis dat vuilnisophalers, metselaars, stalknechten en verplegend persoon juist vanwege de uitoefening van hun beroep ‘typisch’ last van rugklachten kunnen hebben. (Maar zoals wij reeds in het hoofdstuk over Nederlands recht hebben gezien, helpt de ‘algemene kennis’ op dit punt de Nederlandse werknemer vanuit bewijsrechtelijk oogpunt ook niets.¹⁷²) Wel bestaat de mogelijkheid om in een zodanig geval een beroep te doen op de ‘Commissie gemengd systeem’ van het FBZ.

Het zelfde probleem treft werknemers die lijden onder arbeidsgerelateerde psychische klachten zoals het burn out-syndroom. Noch de Arbeidsongevalwet noch de lijst van erkende beroepsziektenlijst bieden hen een oplossing, zodat het enige wat een dergelijk slachtoffer in rechte rest is om zelf aan te tonen dat er een ‘rechtstreeks en determinerend’ causaal verband bestaat tussen zijn ziekte en de uitoefening van zijn werkzaamheden en dat zijn ‘blootstelling’ heeft plaatsgevonden terwijl hij in dienst was (of is) van een werkgever, die onder de toepassing van de Beroepsziektenwet valt. Tot op heden is mij geen gerechtelijke uitspraak bekend waarin dit is aangenomen.

In de praktijk slaagt een werknemer er slechts zelden in om naar de normen van het civiele aansprakelijkheidsrecht de ziekte zelf, de blootstelling aan een beroepsgerelateerd gezondheidsrisico en het causaal verband tussen beiden aan te tonen.¹⁷³ In 1998 heeft het Hof van Cassatie de bewijslast nog enigszins verlicht door te bepalen dat het causaal verband tussen de ziekte en de arbeidsomstandigheden bewezen kan worden geacht ondanks de mogelijkheid dat de ziekte meerdere oorzaken heeft die niet allemaal verbonden zijn aan de uitoefening van het beroep.¹⁷⁴ Het Hof heeft zich echter daarbij niet uitgelaten over het antwoord op de vraag, in welke mate de beroepsuitoefening dan tenminste de overwegende oorzaak moet zijn. Ook deze uitspraak lijkt weinig soelaas geboden te hebben voor zieke werknemers wiens ziekte niet op de lijst van erkende beroepsziekten staat.

¹⁷² Vgl. HR 9 januari 2009, JA 2009/58, LJN BF8875 (Landskroon/BAM).

¹⁷³ Van Rompaey 2001, p. 710-714.

¹⁷⁴ Cass. 2 februari 1998, JTT 1989, 409.

3.1.3 *Het Fonds voor de Beroepsziekten*

De verantwoordelijkheid voor de uitkeringen vanwege beroepsziekten en het preventiebeleid berust bij het FBZ, dat een openbare instelling is.¹⁷⁵ De Belgische wetgever heeft namelijk gemeend dat het, anders dan bij een arbeidsongeval, moeilijk kan zijn om te achterhalen bij welke werkgever(s) zich de blootstelling aan de schadeveroorzakende agens heeft voortgedaan en dus ook moeilijk is om een antwoord te geven op de vraag, bij welke particuliere verzekeraar een claim moet worden ingediend. Dit probleem wordt vermeden door alles te concentreren bij een openbare instelling.

Het FBZ wordt hoofdzakelijk gefinancierd door de zgn. solidariteitsbijdrage van de werkgevers, welke is vastgesteld op 1.1% van het loon van de werknemer.¹⁷⁶

Administratiefrechtelijke beslissingen van het FBZ behoren tot de competentie van de arbeidsrechtbank en kunnen binnen een jaar, volgend op de kennisgevingdatum van de bestreden beslissing worden voorgelegd aan de bevoegde arbeidsrechtbank. De kosten hiervan worden, ongeacht de uitkomst van het vonnis, geheel gedragen door het FBZ.¹⁷⁷

3.2 *De schadeloosstelling*

Art. 31 Beroepsziektenwet bepaalt in welke omstandigheden schadevergoeding wordt uitbetaald door het FBZ:

- bij tijdelijke arbeidsongeschiktheid;
- bij blijvende arbeidsongeschiktheid;
- bij stopzetting van de beroepsactiviteit;
- bij kosten voor medische verzorging;
- bij het overlijden van de werknemer.

In grote lijnen komt een en ander overeen met de Arbeidsongevallenwet, temeer daar in de Beroepsziektenwet regelmatig hiernaar wordt verwezen.

In geval van een samenloop tussen een arbeidsongeval en een beroepsziekte wordt de aan de werknemer toekomende vergoeding beperkt tot het maximum van het basisloon.¹⁷⁸

¹⁷⁵ Vgl. art. 1 Beroepsziektenwet. Meer informatie over het Fonds voor Beroepsziekten kan worden gevonden op de officiële website: <http://www.fmp-fbz.fgov.be>.

¹⁷⁶ Artt. 2 lid 2, 56 en 57 Beroepsziektenwet.

¹⁷⁷ Art. 52 lid 3 Beroepsziektenwet.

¹⁷⁸ Art. 41bis K.B. 13 januari 1983.

3.2.1 *Tijdelijke arbeidsongeschiktheid*

Wanneer de door een beroepsziekte getroffen werknemer tijdelijk volledig of gedeeltelijk arbeidsongeschikt is, heeft hij recht op een vergoeding vanaf de eerste dag van zijn arbeidsongeschiktheid. Er zijn derhalve geen wachtdagen ('carenztijd'.)

De werknemer zal wel moeten voldoen aan twee voorwaarden. Op grond van art. 52 lid 3 Beroepsziektenwet dient hij zijn aanvraag voor een vergoeding in te dienen terwijl de symptomen van zijn beroepsziekte aanwezig zijn, maar in ieder geval gedurende zijn arbeidsongeschiktheid. Verder verplicht art. 34 lid 4 Beroepsziektenwet jo. art. 23 Arbeidsongevallenwet dat zijn arbeidsongeschiktheid tenminste vijftien dagen aanhoudt. Ook hier krijgt hij 90% van zijn gemiddeld dagloon, net zoals bij tijdelijke volledige arbeidsongeschiktheid in de zin van Arbeidsongevallenwet.

3.2.2 *Blijvende arbeidsongeschiktheid*

De blijvende arbeidsongeschiktheid wegens een beroepsziekte wordt geregeld in art. 35 Beroepsziektenwet. Vanaf de dag dat de arbeidsongeschiktheid blijvend is, ontvangt de gelaedeerde werknemer een vergoeding van 100% naar verhouding van de mate van zijn arbeidsongeschiktheid, gedurende 90 dagen.¹⁷⁹ Ook hier ontvangt hij een uitkering die gerelateerd is aan het percentage van zijn arbeidsongeschiktheid; maar ook dit bedrag is gebonden aan het forfaitair plafond van € 36.809,73 per 1 januari 2009. Indien hij minder dan 5% arbeidsongeschikt is, wordt zijn uitkering met 50% verminderd; en met 25% in geval van een arbeidsongeschiktheidspercentage tussen de 5 en 9%.

Indien de arbeidsongeschiktheid echter al vanaf het begin van blijvende aard wordt geacht, heeft hij recht op deze uitkering vanaf 120 dagen voor de datum van aanvraag.¹⁸⁰ Slachtoffers van een beroepsziekte die tot een blijvende arbeidsongeschiktheid heeft geleid kunnen echter, in tegenstelling tot slachtoffers van arbeidsongevallen, geen beroep doen op de uitbetaling van het geheel of een deel van hun jaarlijkse uitkering. Wel is het mogelijk om bij verergering van de ziekte een verzoek tot een hogere vergoeding in te dienen. Deze kan op zijn vroegst worden toegekend vanaf de zestigste dag vóór het herzieningsverzoek. Ook kent een beroepsziekte geen moment van consolidatie of herziening; een herziening is op ieder moment mogelijk.

179 Art. 35 lid 1 Beroepsziektenwet. De arbeidsongeschikte werknemer behoeft echter niet noodzakelijk gedurende deze 90 dagen werkloos te zijn om recht te hebben op de uitkering, vgl. Cass. 2 december 1985, RW 1985-86, 2861.

180 Art. 35 lid 2 Beroepsziektenwet.

Het FBZ hanteert een aantal schalen waarmee de (medische) ernst van de verschillende vormen van beroepsziekten wordt geëvalueerd en naar een graad van blijvende arbeidsongeschiktheid kan worden omgerekend, waarbij rekening wordt gehouden met de persoonlijke, sociale en economische factoren van de werknemer. Hierdoor behoeft het slachtoffer van een beroepsziekte niet de omvang van zijn letselschade aan te tonen, tenzij hij meent dat deze de uitkomst van de relevante toegepaste schaal overtreft. (Het omgekeerde lijkt in de praktijk niet voor te komen.)

Dit levert echter een vreemde situatie op ten aanzien van (bijna-)gepensioneerde werknemers, die het slachtoffer zijn geworden van een beroepsziekte. Het is immers karakteristiek van sommige beroepsziekten, zoals bijvoorbeeld mesotheliom, dat zij zich eerst na een incubatieperiode van decennia openbaren en derhalve veelal de oudere werknemer of de reeds gepensioneerde werknemer zullen treffen. Maar het is moeilijk om voor deze personen een arbeidsongeschiktheidsgraad in te schatten die immers betrekking heeft op de feitelijke economische waarde op de arbeidsmarkt, terwijl zij zich daar (spoedig) niet meer op bevinden. Dit probleem is op een aparte wijze opgelost: onder de pensioengerechtigde leeftijd ontvangt de zieke werknemer de normale vergoeding, boven deze leeftijd een lagere, zgn. 'residuele' vergoeding, die is aangepast aan de verminderde verdien Capaciteiten op hogere leeftijd.¹⁸¹ Als 'goedmakertje' krijgen rechthebbenden boven de 65-jarige leeftijd één procent 'extra' arbeidsongeschiktheid toegekend, wanneer hun ingeschatte arbeidsongeschiktheid ligt tussen 36 en 50%, twee procent 'extra' in geval van een arbeidsongeschiktheidspercentage van 50 tot 65% en drie procent voor een arbeidsongeschiktheidspercentage van 65+%, met een maximum van 100%.¹⁸²

Bij volledige blijvende arbeidsongeschiktheid gecombineerd met definitieve stopzetting van het beroep kan de werknemer bovendien aanspraak maken op beroepsherscholing¹⁸³, wat door het FBZ wordt vergoed.

3.2.3 *Stopzetting van de beroepsactiviteit*

In de praktijk zal het FBZ uit preventieve overwegingen een door een beroepsziekte getroffen werknemer voorstellen om de uitoefening van zijn werkzaamheden tijdelijk of blijvend te stoppen. Stemt de werknemer in met een tijdelijke beëindiging van zijn beroepsactiviteiten, dan heeft hij op grond van

¹⁸¹ Zie KB 31 maart 1987, waarin art. 35bis Beroepsziektenwet is geïntroduceerd.

¹⁸² Zie art. 35bis lid 3 en 4, zoals ingevoegd door art. 18 van de Programmawet van 22 februari 1998. Vgl. Van Langendonck & Put 2002, p. 391.

¹⁸³ Voor meer over herscholing, zie Van Langendonck & Put 2002, p. 389.

art. 37 § 2 Beroepsziektenwet recht op een vergoeding voor volledige tijdelijke arbeidsongeschiktheid. Deze vergoeding kan met terugwerkende kracht tot 365 dagen worden uitgekeerd, te rekenen vanaf de dag van aanvraag. Stemt hij in met een voorstel tot het definitief beëindigen van zijn werkzaamheden, dan wordt hij als volledig en blijvend arbeidsongeschikt beschouwd, ook na verloop van de reeds eerder genoemde 90 dagen.¹⁸⁴ Ook dan heeft hij recht op herscholing, betaald door het FBZ. Indien hij echter weigert om zijn gevaarlijke beroepsactiviteiten stop te zetten, verliest hij alle rechten die hij aan de Beroepsziektenwet zou kunnen ontleen als vervolgens uit medisch onderzoek blijkt dat zijn ziekte is verergerd of teruggekeerd.¹⁸⁵ Langendonck en Put menen, met verwijzing naar de jaarverslagen van het FBZ, dat van deze rigoureuze sanctie heel weinig gebruik wordt gemaakt.¹⁸⁶

3.2.4 Medische voorzieningen

De vergoeding van kosten van geneeskundige verzorging wijkt iets af van de Arbeidsongevallenwet. Als uitgangspunt geldt dat deze kosten worden gedragen door de medische ziekenfondsverzekering van iedere werknemer.¹⁸⁷ Alleen de kosten die niet door de verzekering worden gedragen of vergoed (het zgn. 'remgeld'), komen ten laste van het FBZ.¹⁸⁸ Verder vergoedt het FBZ medische kosten niet eerder dan 120 dagen voorafgaand aan de datum van de aanvraag daartoe, aangenomen dat deze ontvankelijk is.¹⁸⁹

3.2.5 Verjaring

België kent – zo anders dan Nederland – geen verjaringsperikelen ten aanzien van beroepsziekten. In België wordt met bevreemding en medeleven gekeken naar de Nederlandse asbestslachtoffer die een zware juridische lijdensweg moet afleggen in zijn queeste om schadevergoeding te verkrijgen van de voor zijn ziekte aansprakelijke werkgever.

De afwezigheid van verjaringsproblemen volgt uit het systeem van de Beroepsziektenwet, met name art. 52 lid 3. Dit artikel bepaalt dat de door een beroepsziekte getroffen werknemer zijn aanvraag voor een vergoeding moet indienen *terwijl* de symptomen van zijn beroepsziekte aanwezig zijn dan wel

¹⁸⁴ Art. 38 § 1 Beroepsziektenwet.

¹⁸⁵ Art. 40 Beroepsziektenwet.

¹⁸⁶ Van Langendonck & Put 2002, p. 389.

¹⁸⁷ Vgl. het KB 28 juni 1983 tot vaststelling van een specifieke nomenclatuur voor verstrekkingen van geneeskundige verzorging inzake beroepsziektenverzekering, gepubliceerd in het Belgisch Staatsblad van 30 juni 1983.

¹⁸⁸ Zie KB 30 december 1982 en artt. 31 lid 1 sub 5 en 40 Beroepsziektenwet.

¹⁸⁹ Art. 41 lid 5 Beroepsziektenwet.

gedurende zijn arbeidsongeschiktheid vanwege een beroepsziekte. Zijn aanvraag wordt dan geacht tijdig te zijn ingediend en de verjaringskwestie komt niet aan de orde, ongeacht hoe lang geleden de ziekte is veroorzaakt. Stel dat hij te laat is met zijn aanvraag in de zin dat hij deze pas heeft ingediend wanneer hij geen (controleerbare) symptomen meer heeft en/of niet langer arbeidsongeschikt is, dan komt hem geen vergoeding toe en is de verjaring van zijn aanvraag evenmin relevant. Het maakt hierbij geen verschil of de werknemer het slachtoffer is geworden van een ziekte die wel of niet voorkomt op de gesloten lijst.

4 Conclusies

Het Belgische werkgeversaansprakelijkheidsrecht is, in grote lijnen, vanuit dezelfde historische achtergrond in de periode van de industriële revolutie ontstaan als het Nederlandse werkgeversaansprakelijkheidsrecht. Daarbij heeft het in essentie met de codificatie van de Arbeidsongevallenwet en de Beroepsziektenwet dezelfde lijn van *risque professionnel* gevolgd als wij in Nederland destijds met de Ongevallenwet hadden uitgezet. Maar, anders dan in Nederland, is in België deze lijn tot op heden gecontinueerd. De jurisprudentie met betrekking tot beide wetten is vrij beperkt van omvang, incidenteel van aard en doorgaans beperkt tot de lagere rechtsinstanties. Al met al lijken de Arbeidsongevallenwet en de Beroepsziektenwet een vrij rustig en gelukkig bezit te zijn. Typerend aan beide wetten is dat zij nauwkeurig overeenkomen met de eisen van IAO-verdrag nr. 121.

Inhoudelijk lijken de Arbeidsongevallenwet en de Beroepsziektenwet veel op elkaar; in de Beroepsziektenwet wordt zelfs frequent naar de oudere Arbeidsongevallenwet verwezen. Beide wetten worden uitgevoerd door respectievelijk het Fonds voor Arbeidsongevallen (FAO) en het Fonds voor de Beroepsziekten (FBZ), die onder meer toezien op de naleving van de regelgeving, verbetering van de arbeidsomstandigheden bevorderen en onderzoek daarnaar verrichten, administratieve taken vervullen, etc.

Bijzonder aan het Belgische werkgeversaansprakelijkheidsrecht ten opzichte van het Nederlandse werkgeversaansprakelijkheidsrecht zijn de wettelijk verplichte verzekering van werkgevers tegen arbeidsongevallen en beroepsziekten en de civielrechtelijke immuniteit die als tegenhanger daarvan wordt gezien. Ook verkeersongevallen tijdens het woon-werkverkeer vallen onder de dekking van de verzekering. Beide aspecten vloeien voort uit de wens voor 'sociale vrede' op de werkvloer, welke door de Belgen hoog wordt aangeslagen. Van een 'alles of niets' schadevergoeding is geen sprake, maar met 90%

van zijn oude loon als uitkering, desnoods tot aan zijn pensioengerechtigde leeftijd, maakt de gemiddelde Belgische arbeidsongeschikte werknemer vermoedelijk niet de financiële perikelen mee die zijn Nederlandse lotgenoot in de WIA kunnen treffen.

De inkomenszekerheid en het daarmee samenhangende verhaalsrecht van de gelaedeerde werknemer worden van groot belang geacht. Om deze zeker te stellen, fungeert het FAO als vangnet voor de werknemer indien de werkgever zich in strijd met zijn wettelijke verplichting niet zou hebben verzekerd. Het FAO kan zich daarbij verhalen op de werkgever, zonder dat dit ten koste gaat van de positie van de werknemer. Dit geldt eveneens voor het FBZ, wat naast zijn reeds genoemde taken ook als nationale verzekeraar van beroepsziekten fungeert en ter financiering zogenaamde solidariteitsbijdragen ontvangt van alle werkgevers in België.

Ook het bewijsrecht ten aanzien van arbeidsongevallen en beroepsziekten is in het voordeel van de werknemer, waarbij hem vergaande bewijsrechtelijke vermoedens worden gegund om aan te tonen dat zijn letselschade voortvloeit uit een *risque professionnel*. Maar ook hier geldt dat het bewijsrecht ten aanzien van arbeidsongevallen meer is ontwikkeld dan ten aanzien van beroepsziekten. Indien de werknemer een beroepsziekte heeft die niet is opgenomen in de lijsten van officieel erkende beroepsziekten en bedrijfstakken waar het vermoeden van een beroepsrisico bestaat, moet hij zich toch tot de rechter wenden.

Smartengeld krijgt de Belgische werknemer niet; enerzijds als compensatie voor het hoge uitkeringsniveau, anderzijds omdat het niet noodzakelijk wordt geacht met het oog op de inkomenszekerheid.

Opmerkelijk is dat het Belgische werkgeversaansprakelijkheidsrecht niet de hedendaagse problemen kent waarmee het Nederlandse werkgeversaansprakelijkheidsrecht worstelt, zoals wat rechtens in inzake verkeersongevallen van de werknemer tijdens woon-werkverkeer en verjaring van 'long tail' beroepsziekten. Ook dit is een uitvloeisel van de strikte naleving van IAO-verdrag 121.

5 Arbeidsongevallen en beroepsziekten naar Engels recht

1 Historische ontwikkeling

In de vaart der volkeren is Engeland het eerste land geweest waarin zich de verandering heeft voorgedaan van een overwegend agrarische maatschappij naar een geïndustrialiseerde samenleving.¹ Wellicht nog meer dan in Nederland, waar in ieder geval nog kon worden geprofiteerd van de Engelse ervaringen, was dit een moeizaam en pijnlijk proces. De arbeidsomstandigheden in deze periode van de Engelse geschiedenis getuigen daarvan: zij waren naar huidige maatstaven erbarmelijk.²

Opmerkelijk was de aanvankelijk vergaande maatschappelijke onverschilligheid tegenover al dit leed en de acceptatie van deze misère door de arbeidersklasse. Zo werd in 1833 gemeend dat de invoering van de zogenaamde Ten Hours' Bill, waarmee werd beoogd om de arbeidstijden van kinderen te beperken om te voorkomen dat zij vanwege vermoeidheid het slachtoffer zouden worden van letsel, bij voorbaat zinloos was, want: "The engine will, under any bill, clutch up boy or girl, and dash their brains out against the ceiling, or crush them into pancakes by pressure against the walls..."³ Gelaedeerde arbeiders konden zich wenden tot hun familie, filantropen of tot de gemeentelijke 'parish relief'. De laatste drong haar 'cliënten' echter doorgaans zulke ellendige woon- en arbeidsomstandigheden en extreme morele kastijding op onder het mom van Samaritaanse hulp, dat menig slachtoffer er liever de voorkeur aan gaf om te bedelen of om te komen in de goot dan deze vorm van hulpverlening te ondergaan. Van zijn werkgever behoefde de Engelse gela-

1 Voor een algemeen beeld van de positie van de werknemer in de Engelse maatschappij in de negentiende eeuw en rond de voorlaatste eeuwwisseling is aan te raden: Cawthon 1997.

2 De kans om in of vanwege deze omstandigheden het leven te laten was aanzienlijk: omstreeks 1835 werd geschat dat de levensverwachting in het landelijke Surrey 45 jaar was, in Londen 26 jaar, maar dat landelijk voor 'labourers, mechanics and servants' niet meer dan 15 jaar te hopen was. De juistheid van dit trieste beeld wordt door modern historisch onderzoek ondersteund, vgl. Haley 1978, p. 8.

3 Cawthon 1997, p. 19.

deerde arbeider doorgaans geen enkele sympathie te verwachten. In werkgeverskringen was men fel gekant tegen iedere erkenning van verantwoordelijkheid, aansprakelijkheid of zelfs een openbare demonstratie van enige compassie jegens een slachtoffer; laissez faire en concurrentieoverwegingen gingen vóór alles en rechtvaardigden ook alles. Juridische historici hebben geen goede verklaring voor dit harde morele klimaat kunnen geven. Cawthon schrijft: “Employers steeled themselves against their employees’ calls for assistance with not only economic arguments about the high risk associated with their investment in industrial facilities and railways. Those employers who wished to rid themselves of responsibility for the health and welfare of their workers found solace in legal justifications, as well. During the 1830’s and 1840’s, courts (...) initiated and polished legal doctrines which absolved almost all negligent employers of complicity in workplace accidents.”⁴

De Engelse ‘common law’ erkende in beginsel het recht van de arbeider op schadevergoeding indien hij letsel had bekomen als gevolg van een verwijtbare tekortkoming (‘negligence’) van zijn werkgever.⁵ In de praktijk werd dit recht door een viertal juridische uitgangspunten zozeer uitgehold dat het tot 1880 vrijwel onmogelijk was voor een arbeider om in rechte schadevergoeding te verkrijgen van zijn werkgever. Zo had de arbeider geen enkel recht op schadevergoeding wanneer de oorzaak van zijn letsel simpelweg ‘pech’ (‘accident’) werd geacht – en in de dagelijkse praktijk werd welhaast álles afgedaan als een ‘accident’. Hetzelfde gold ten aanzien van een verwijtbare tekortkoming die een collega of zelfs de meearbeidende werkgever zelf te verwijten was, hetgeen zich vaak in kleine bedrijfjes kon voordoen; deze uitzondering stond bekend als de ‘common employment doctrine’. Op grond van het leerstuk van de ‘contributory negligence’ had de gelaedeerde arbeider evenmin recht op schadevergoeding indien hij zelf in enige mate had bijgedragen aan het ontstaan van het schadeveroorzakende incident, wat reeds in rechte werd aangenomen als hij slechts toegaf wellicht meer voorzichtig te hebben kunnen zijn. Tot slot van deze opsomming werd de arbeider geacht de risico’s van zijn werk te hebben aanvaard (‘assumption of risk’ of ‘volenti non fit injuria’); indien deze risico’s zich ten koste van hem hadden verwezenlijkt, moest hij zich dus niet achteraf beklagen bij de werkgever. In de gezaghebbende uitspraak *Priestly v. Fowler* van 1837 werd dit uitgangspunt neergezet in de woorden dat “principles of justice and good sense require that a workman should take on himself all the ordinary risks of his employment”.⁶

4 Cawthon 1997, p. i.

5 Vgl. Neave 1910, p. xii-xiii en p. 8, 10-11, 14-15, 23-25.

6 *Priestly v. Fowler* (1837) 3 M & W 1.

Ook vanuit een praktisch oogpunt was een vordering tot schadevergoeding jegens de werkgever vrijwel bij voorbaat kansloos – procederen was een lang-gerekte, dure zaak. Een parlementaire commissie formuleerde het aldus: “(...) it [is] impossible for the workers, from the unavoidable expensiveness of law proceedings, to procure redress by their own resources.” In de woorden van Cawthon: “The odds against their getting any form of relief must have seemed astronomical, and the chances that if they had done so they would have lost their jobs were good.”

De erfgenamen van een ten gevolge van een ongeval of beroepsziekte overleden arbeider hadden als zodanig geen recht op enige schadevergoeding. Het enige wat hen binnen een openbare en formele sfeer troost kon bieden was de uitspraak van de lokale ‘coroner’s inquest’. De coroner, doorgaans een welvarende man van aanzien en goede reputatie maar niet noodzakelijk een medicus of jurist, was verplicht om bij een plotseling ingetreden dood een (medisch) onderzoek in te stellen naar de oorzaak daarvan en deze te laten beoordelen door een jury van ingezetenen indien hij naar aanleiding van zijn onderzoek een misdrijf vermoedde. De jury had de bevoegdheid om de aansprakelijk geachte werkgever te veroordelen tot het betalen van een zoenoffer, de ‘deodand’. Dit kwam doorgaans niet ten goede aan de familie van het slachtoffer maar aan de Staat.

In de praktijk werd de functie van coroner dikwijls vervuld door personen die zélf werkgever waren – het laat zich raden bij welke partij dikwijls reeds bij voorbaat hun sympathie lag. Ook de jury was zeer terughoudend om, anders dan in de meest schrijnende gevallen, de uitspraak ‘culpable negligent’ jegens de werkgever te doen. Dit zette immers de deur open voor een strafrechtelijke vervolging wegens moord. Maar naarmate de industrialisatie vorderde en het daardoor veroorzaakte leed op de werkvloer toenam, kwam een dergelijke uitspraak van de ‘coroner’s court’ steeds vaker voor.

Deze ontwikkeling, waarbij werkgevers in feite publiekelijk voor de schandpaal werden gezet, werd echter door de wetgevende macht en de werkgevers met vertegenwoordiging in politieke kringen (vooral mijn- en spoorwegaanpak) fel bekritiseerd. In de geleidelijk meer beschermende functie van de ‘coroner’s court’ en de groeiende juridische betekenis daarvan kan de ontstaansreden worden gevonden van de eerste wetgeving op het gebied van de werkgeversaansprakelijkheidsrecht en het arbeidsomstandighedenrecht – deze was namelijk primair bedoeld om de ‘coroner’s court’ de mond te snoeren.

Langzaam ontstond een groeiende ontevredenheid onder de arbeidersbevolking over het feit dat zij feitelijk geheel aan het winstoogmerk van de werkgevers was overgeleverd, ten koste van de eigen gezondheid en zonder enige reële mogelijkheid tot verhaal van schadevergoeding. Ook in de hogere maatschappelijke kringen groeide de discussie over het welzijn van de arbeider, maar dit debat lijkt aanvankelijk meer te zijn gestimuleerd door strikte Victoriaanse morele en zedige waarden op grond waarvan het bijvoorbeeld bezwaarlijk werd geacht dat jonge meisjes halfnaakt, onder het oog van mannen, in de mijnen werkten. Dat de meisjes überhaupt al op heel jeugdige leeftijd in deze gevaarlijke werkomgeving moesten zwoegen, was nu eenmaal 'their lot in life' en vanuit moreel oogpunt veel minder bezwaarlijk.

Tegen het begin van de twintigste eeuw ontstond zo een tweedeling in het prille werkgeversaansprakelijkheidsrecht. Aan de ene kant was er het heersende economische belang, geïnspireerd door de visie van 'laissez faire', om op een zo efficiënt mogelijke wijze te concurreren en daarbij liefst zo min mogelijk gehinderd te worden door weekhartige betutteling van de wetgever. Dit belang kwam in conflict met het nieuwe maatschappelijke inzicht dat de arbeider een recht had op bescherming van zijn lichamelijke integriteit, dat dit recht door wetgeving op een adequate wijze behoorde te worden beschermd en de gewonde of door een beroepsziekte getroffen arbeider een reëel beroep op schadevergoeding moest bieden. Geleidelijk en moeizaam, tegen de heersende conservatieve visie in, won dit nieuwe en meer humane inzicht bredere erkenning.

Dit leidde tot twee belangrijke juridische veranderingen: ten eerste de bewustwording binnen het gerechtelijk apparaat dat de werkgever aansprakelijk kon en *behoorde* te worden gehouden voor de veiligheid op de werkplek. De eerste bekende rechtszaak waarin een arbeider zijn werkgever in rechte aansprakelijk stelt wegens in de uitoefening van de werkzaamheden ontstaan letsel is *Priestley v. Fowler*⁷, anno 1837; overigens zonder succes tengevolge van de toepassing – voor het eerst – van de doctrines van 'common employment' en 'risk assumption'. Een bijzonderheid aan deze uitspraak is dat, zij het in zeer vage bewoordingen, wordt erkend dat de werkgever is "bound to provide for the safety of his servant in the course of his employment". Deze zorgplicht werd herhaald in *Hutchinson v. York, Newcastle and Berwick Rly Co.*⁸ eveneens met vermelding van iedere nadere toelichting. Pas in 1855 gaf het

⁷ *Priestley v. Fowler* (1837) 3 M & W 1.

⁸ *Hutchinson v. York, Newcastle and Berwick Rly Co.* (1850) 5 Exch. 343; vgl. Munkman 1985, p. 7-9.

House of Lords hieraan enige invulling door in het arrest *Brydon v. Stewart*⁹ te oordelen dat “(...) when a master employs his servant in a work of danger, he is bound to exercise due care in order to have his tackle and machinery in a safe and proper condition, so as to protect the servant against unnecessary risks.”

De tweede verandering betrof de ontwikkeling van het formele wettelijke begrip ‘negligence’, wat gebaseerd was op het uitgangspunt dat de werkgever een zorgplicht (‘duty of care’) heeft jegens zijn arbeiders. De in 1880 ingevoerde *Employers’ Liability Act* was de eerste poging van de Engelse wetgever om de arbeider meer in bescherming te nemen. Deze wet bood de arbeider en, apart genoemd, ook de spoorwegaarbeider een mogelijkheid om de werkgever aansprakelijk stellen voor letsel, indien hij kon aantonen dat deze het gevolg was van een defect van de ‘ways, works, machinery or plant’, een verwijtbare tekortkoming in de zorg van een superieur, een signaalman of een machinist. De schadevergoeding was echter beperkt tot een maximum van drie jaar salaris.

Feitelijk was de *Employers’ Liability Act* echter van weinig betekenis voor de arbeider. Weliswaar sloot zij de toepassing van ‘common employment’ als verweer aan de zijde van de werkgever expliciet uit, maar de doctrine van ‘contributory negligence’ bleef onverminderd gehandhaafd, terwijl deze wet op zijn beurt aanleiding gaf tot de verdere ontwikkeling van de doctrine van ‘risk assumption’¹⁰. Na de invoering van de wet wisten de werkgevers deze op simpele wijze te omzeilen door aan de arbeidsovereenkomst een zgn. ‘contracting out’-clausule toe te voegen, waarmee zij van iedere civiel-rechtelijke aansprakelijkheid (‘negligence’) werden gevrijwaard.¹¹ In de zeer zeldzame gevallen dat een arbeider bereid en financieel in staat was om zijn levensonderhoud en dat van zijn gezinsleden op het spel te zetten teneinde schadevergoeding te verkrijgen van zijn werkgever, had hij daar zelden baat bij: de rechtspraak was uiterst conservatief en terughoudend en sloot slecht aan bij de veranderende maatschappelijke en technische omstandigheden.¹² De conservatieve rechterlijke macht zag een vordering van een arbeider veel eerder als een ongehoorde brutaliteit jegens de werkgever en een teken dat hij zijn door God gegeven plaats niet kende. Dikwijls leidde deze houding tot

9 *Brydon v. Stewart* (1855) 2 Macq 30.

10 *Sowden v Crookdale* [2004] EWCA Civ 1370 en *Smith v. Baker & Sons* [1891] AC 325.

11 Het verslag van de Departmental Committee on Workmen’s Compensation 1922, p. 11, spreekt zelfs van een mislukking.

12 Vgl. Wolff Londen, 1897: een gepassioneerd pleidooi wat een goed inzicht geeft van de juridische aspecten van de industrialisatie in het negentiende-eeuwse Engeland; en Fitzpatrick 1999, p. 119.

vonnissen die hardvochtig en streng waren jegens de gelaedeerde arbeiders, zeker gezien vanuit een hedendaags perspectief.

De Employers' Liability Act werd opgevolgd door de Workmen's Compensation Act van 1897¹³, waarvoor de wetgever als rechtvaardiging aanvoerde dat "sound economic doctrine requires that the employer shall take all the ordinary and extraordinary risks involved in the carrying on of his industry".¹⁴ In deze wet werd een geheel nieuw principe geïntroduceerd: de bewijslast van 'negligence' werd afgeschaft en gelijktijdig kwam de arbeider reeds een recht op een vergoeding toe indien hij in de uitoefening van zijn werkzaamheden arbeidsongeschikt was geworden. Deze vergoeding kwam neer op een wekelijkse uitkering ter hoogte van ongeveer een half salaris voor de duur van de arbeidsongeschiktheid, aangenomen dat de arbeider hiervan geen enkel denkbaar verwijt ('contributory negligence') kon worden gemaakt. Bij overlijden kregen zijn erfgenamen drie jaren salaris met een minimum van £ 150 en een maximum van £ 300.

Hoewel het toepassingsgebied van deze wet aanvankelijk zeer beperkt was en de juridische betekenis gering was vanwege de mogelijkheden van contractuele exoneraties ('contracting out') en eigen schuld van de arbeider ('contributory negligence'), schuilt haar belang met name in de mogelijkheid voor de arbeider om gebruik te maken van een speciale, goedkope arbitrageprocedure, waarin hij kon worden vertegenwoordigd door zijn vakbond.¹⁵ Het aantal (arbitrage-)processen nam hierdoor enorm toe. In latere jaren werd de werkingssfeer van de wet uitgebreid totdat alle arbeiders hier een beroep op konden doen, voor zover zij niet meer verdienden dan £ 250 per jaar en in vaste dienst waren. In 1906 verbood een vergaande herziening van deze wet in beginsel het 'contracting out', terwijl in 1925 ook enige beroepsziekten¹⁶ in de werkingssfeer van de wet werden opgenomen.

Bijzondere aandacht ontstond voor het belang om arbeiders te beschermen tegen de ernstige en talrijke gevaren in fabrieken, met name vanaf circa 1900. In dit kader zijn met name de verschillende opeenvolgende Factories Acts en

¹³ Met uitbreidingen c.q. aanpassingen in 1906 en 1925.

¹⁴ Blanchard 1917, p. 90.

¹⁵ De wet had alleen betrekking op arbeiders werkzaam in de spoorwegen, fabrieken, mijnen, steengroeven, 'engineering work' en op bouwterreinen voor zover zij boven een hoogte van dertig voet moesten werken.

¹⁶ Section 8, subsection 1: anthrax; vergiftiging door lood, kwik, fosfor of arsenicum, met alle bijbehorende gevolgen en complicaties, en ankylostomiasis. Op 22 mei 1907 en 2 december 1908 werd deze lijst verder uitgebreid door de Secretary of State met ziektebeelden veroorzaakt door bijvoorbeeld blootstelling aan nikkelgassen, chroom, teer etc. resp. cataract in de ogen van glaswerkers en 'telegraphist's cramp'.

alle daaronder geschaarde Regulations het noemen waard. In deze wetten werd de aansprakelijkheid van de werkgever als gevolg van een schending van zijn zorgplicht jegens de arbeider expliciet in de wet vastgelegd ('statutory duty'). Een combinatie van een aantoonbare schending van een wettelijke regel op het gebied van gezondheid en veiligheid met causaal verband en de aanwezigheid van schade was daarna voldoende om de aansprakelijkheid van de werkgever vast te stellen ('res ipsa loquitur'); het was niet langer nodig om aan te tonen dat de werkgever verwijtbaar jegens de arbeider was tekortschoten. Maar in het besef van de Engelse wetgever dat dit nieuwe systeem slechts kon werken bij de gratie van wettelijke regels, nam het volume van de arbeidsomstandighedenwetgeving in de negentiende eeuw en tot de jaren tachtig van de twintigste eeuw geleidelijk toe.

Deze wetgeving ontstond vooral naar aanleiding van specifieke rampen en misstanden en was daardoor fragmentarisch van aard. Uiteindelijk werden diverse Factories Acts gecodificeerd tot één algemene wet, de Factories Act 1961. Met de invoering van de Offices, Shops and Railway Premises Act 1963 werd getracht de groeiende lacunes in de juridische bescherming van de niet-fabriekswerknemer enigszins te dichten. Ook deze wet liet echter nog vele beroepsgroeperingen in de kou staan.¹⁷

Kortom: de wetgeving met betrekking tot de gezondheid en veiligheid op de werkplek had de werknemer weinig te bieden tot ver na de Tweede Wereldoorlog.¹⁸ Zij bezat slechts een geringe reikwijdte, was niet erg doeltreffend en bovendien versnipperd over talloze wettelijke regelingen van diverse aard, zodat het algemene overzicht vrijwel verloren was gegaan. Zelfs de doctrine van 'common employment', die zoveel gelaedeerde werknemers hun kans op schadevergoeding door de werkgever had ontnomen, werd pas met de invoering van de Law Reform (Personal Injuries) Act 1948 afgeschaft. Uiteindelijk gaf de Minister voor Werkgelegenheid, Castle, onder zware druk van de vakbonden opdracht aan Lord Robens om het bestaande recht te analyseren en voorstellen te doen tot verbetering daarvan. Dit resulteerde in de publicatie van het Robens Report in 1972. Hierin betoogde Lord Robens in essentie dat het huidige systeem (toentertijd) "(...) encourages too much reliance on state regulation, and rather too little on personal responsibility and voluntary self-generating effort". In plaats daarvan, zo stelde hij, was er behoefte aan "(...) a more self-regulating system."¹⁹ In de praktijk betekende dit dat de bestaande regelgeving voor een belangrijk deel moest worden vervangen

¹⁷ Beck & Woolfson 2000, p. 37.

¹⁸ Eva & Oswald 1981, p. 30.

¹⁹ Robens 1972a met citaten uit hoofdstuk 1 par. 8 resp. 9.

door een 'general goal-setting framework', waarin de common law opnieuw een belangrijke rol zou spelen.²⁰

Dit beantwoordde geheel aan de wensen van de werkgevers, vertegenwoordigd in de Confederation of British Industry (CBI), die grote voorstanders waren van deregulering ten gunste van zelfregulering. Hiermee werd echter wel de balans van verantwoordelijkheden verschoven. Niet langer zou de verantwoordelijkheid voor de veiligheid op de werkplek primair en expliciet op de schouders van de werkgever rusten, zoals de strekking was van de Factories Acts, maar zou deze meer evenredig en 'eerlijk' worden verdeeld over zowel de werkgever als de werknemer. Maar hoe nu precies de nieuwe versie van de zorgplicht van de werkgever zou moeten worden ingekleed, kwam niet zo goed uit de verf. Hetzelfde gold voor de inspraak van de werknemers in veiligheidskwesties op het werk; weliswaar beoogde de Robens Commissie een wettelijke verplichting van de werkgever om de werknemers hierin te consulteren, maar welke waarde een dergelijk consult zou hebben, of in welke vorm deze zou plaats vinden, werd in het midden gelaten.²¹ Niet verwonderlijk werden de voorstellen in het Robens Report goed ontvangen door de CBI.²² Ook de stelling van het CBI dat slechts een relatief gering aantal arbeidsongevallen kon worden teruggevoerd op inbreuken op de wettelijke regelingen betreffende de veiligheid op het werk en deze uitvoerige regelingen derhalve weinig preventieve waarde hadden, werd door de Robens commissie overgenomen, ondanks duidelijk bewijs van het tegendeel.²³

Ook de vakbonden lieten niet na een politieke vuist te maken voor hun leden. Tegen 1974 hadden de verzamelde vakbonden liefst 11,2 miljoen leden oftewel 50,4 procent van de arbeidsbevolking.²⁴ Deze grote politieke invloed bracht de Labour regering ertoe om in de periode 1974-1979 een politiek verbond met de vakbonden aan te gaan, het Social Contract, volgens welke de vakbonden uitdrukkelijk werden betrokken in de politieke beslissingen op het gebied van de reorganisatie van de sociale wetgeving als reactie op het Robens Report. Zo kregen de vakbonden het recht om op kosten van de overheid getrainde 'veiligheidsvertegenwoordigers' aan te stellen op de werkvloer, die door de werkgevers als zodanig moesten worden erkend, en die het recht hadden om veiligheidscommissies binnen het bedrijf op te stellen.²⁵ Het hoogtepunt van deze periode is de invoering van de Health and Safety at Work Act 1974

²⁰ Robens 1972b, hoofdstuk 1, par. 2.

²¹ Robens 1972b, hoofdstuk 2, par. 70.

²² Nichols 1997, p. 38.

²³ Nichols & Armstrong 1973.

²⁴ Beck & Woolfson 2000, p. 41.

²⁵ Vgl. de Safety Representatives and Safety Committees Regulations 1977, SI 1977 nr. 5000.

(hierna: HSWA), waarmee een formele inspraak en participatie van de werknemers is bereikt zoals die de opstellers van het Robens Report nooit voor ogen had gestaan.

De economische recessie van de jaren tachtig van de twintigste eeuw keerde echter het tij. Vanaf 1979 (het eerste jaar van de Thatcher-regering) ontstond toenemende politieke pressie om de zware ‘regulatory burdens’ van de werkgevers ten aanzien van de arbeidsomstandigheden te verlichten en daarmee ook de bijbehorende financiële inspanningen. Nieuwe wetsvoorstellen op dit gebied werden vanuit de aspecten van deregulering en bezuiniging zeer kritisch beoordeeld. Hierdoor ontstond de tegenstelling dat aan de ene hand een groeiende maatschappelijke bewustheid ontstond voor het belang van wetgeving ten aanzien van de (werknemers-)gezondheid en het milieu, terwijl aan de andere kant de regering zijn uiterste best deed om deze wetgeving te minimaliseren.²⁶

In de loop van de jaren negentig nam de invloed van de vakbonden door de vermindering van het ledental echter geleidelijk af en daarmee evenredig ook die van de werknemer. Vele veiligheidscommissies bleken in de praktijk weinig of niets anders dan een ‘slapende’ zo niet comateuze instantie in te houden.²⁷ Gelijktijdig spande de toenmalige Conservatieve Regering onder leiding van Thatcher en vervolgens Major zich in voor nog verdergaande deregulering,²⁸ waarbij met name middels de Deregulation and Contracting Out Act 1994 ministeriële bevoegdheden werden gecreëerd om wettelijke regelingen op het gebied van veiligheid en gezondheid op de werkplek op te heffen of door vergaande bezuinigingen tot dode letters te reduceren. Het Department of Trade and Industry (DTI), aan wie de taak van deregulering was opgedragen, ging in toenemende mate ertoe over om het inschatten van de risico’s op de werkvloer af te wegen tegen de financiële kosten die hiermee waren gemoeid om deze te beperken, waarbij de ‘small business litmus test’ als uitgangspunt moest gelden.²⁹ Nieuwe regulering kwam er nauwelijks, want, zoals Major het fraseerde, “there should always be a presumption against regulation unless it is strictly necessary”.³⁰ De veiligheidsinspecteurs, wier bevoegdheden en budget reeds drastisch waren verminderd, werden door het DTI-Ministerie geïnstrueerd dat zij “more sensitive to business realities” moesten zijn.³¹ De

²⁶ Vgl. de White Papers ‘Building Business Not Barriers’ (1986) en ‘Lifting the Burden’ (1988).

²⁷ Beck & Woolfson 2000, p. 43.

²⁸ Vgl. de Deregulating and Contracting Out Act 1994.

²⁹ Department of Trade and Industry 1994a.

³⁰ Department of Trade and Industry 1994, p. 5.

³¹ Department of Trade and Industry 1994b, p. 7.; vgl. ook Deregulation and Contracting Out Act 1994, section 5 en Schedule 1.

kleine bedrijven reageerden hier op door algehele vrijstelling van de ‘burdens of health and safety legislation’ te vorderen en dikwijls ook te krijgen.³²

Gezien deze ontwikkelingen, waarbij de veiligheid op de werkvloer het al een kwart eeuw moest afleggen tegen het financiële bedrijfsbelang van werkgevers, is het nauwelijks meer verwonderlijk dat Groot-Brittannië niet wenste te participeren in de sociale voorzieningen van het Verdrag van Maastricht 1992. Voor zover Europese sociaalrechtelijke regelgeving, zoals bijvoorbeeld de Framework Directive³³, toch moet worden geïmplementeerd, is de Health and Safety Executive gewaarschuwd door de Deregulation Task Force om niet meer te doen “(...) than the absolute minimum necessary to enable you to mount a plausible defence of the way in which that part of the Directive has been implemented.”³⁴ Fitzpatrick noemt dit beleid “(...) a process of minimalism”.³⁵

Waar het Robens Report oorspronkelijk nog een tripartiet overleg van enigerlei soort nastreefde, lijkt inmiddels eerder sprake te zijn van een gesloten dialoog tussen de overheid en de werkgevers.³⁶ Ook de nieuwe Labourregering wenst uitdrukkelijk wetgeving ten aanzien van de werkplek te bevorderen die het bedrijfsleven zo min mogelijk tot ‘last’ is. Het is dan ook niet zonder reden dat Beck en Woolfson het Britse systeem omschrijven als “the most employer friendly health and safety regime in Europe”.³⁷

Niettemin zijn Engelse verzekeraars allerminst gelukkig met het Engelse werkgeversaansprakelijkheidsrecht. De tegenhanger van het Nederlandse Verbond van Verzekeraars, de Association of British Insurers (ABI), heeft in september 2002 bekend gemaakt dat de uitkeringen wegens arbeidsgelateerde schade in de laatste vijf jaar zijn verdubbeld en het in toenemende mate moeilijker wordt voor werkgevers om de premiekosten op te brengen en vice versa ook voor verzekeraars om het AVB-produkt te verkopen. In 2002 waarschuwde de toenmalige voorzitter van ABI’s Afdeling Algemene Aansprakelijkheid, John Parker, dat “(...) unless we now consider how society’s increasing expectations can be paid for, the current system will break down. (...) We need a fundamental reform of workplace compensation in the UK.”³⁸

32 Vgl. ook IRS 1996, p. 244.

33 Directive 89/391/EEC on the introduction of measures to encourage improvements in the safety and health of workers at work.

34 Mollitor Group 1996, p. 3.

35 Fitzpatrick 1999, p. 128 en Cotter & Bennet 2008, p. 29.

36 Vgl. Beck & Woolfson 2000, p. 46-47.

37 Beck & Woolfson 2000, p. 48.

38 Vgl. Ross 2002.

In het voorjaar van 2009 is dit standpunt nog niet verwezenlijkt, maar evenmin gewijzigd.

Inmiddels zijn er wel diverse wetsvoorstellen ingediend om de groei van een beweerdelijke ‘compensation culture’ en de daarmee veronderstelde claim-groei de kop in te drukken. Maar net zoals het bestaan van een claimcultuur in Nederland niet wordt ondersteund door controleerbare feiten en statistieken, zo lijkt ook in Engeland weinig te kloppen van een ‘compensation culture’. Het aantal vorderingen tot schadevergoeding vanwege letselschade vertoont integendeel al jaren een consistente daling, zoals blijkt uit het in mei 2004 gepubliceerde rapport Better Regulation Task Force ‘Better Routes to Redress’.³⁹

2 Positief recht

2.1 *De begrippen tort, common law en statutory law*

Het meest opvallende aspect aan het Engelse recht met betrekking tot de aansprakelijkheid van de werkgever voor arbeidsongevallen en beroepsziekten is de vergaande fragmentatie. Gelukkig zijn de meeste regelingen op het gebied van de arbeidsgereleerde sociale zekerheid geïntegreerd in de ‘Social Security Contributions and Benefits Act 1992’ en de ‘Social Security Administration Act 1992’. Deze twee omvangrijke wetten vormen de basis van een systeem dat voorziet in vergoedingen voor ongevallen die zijn ontstaan als gevolg van en gedurende het verrichten van verzekerbare werkzaamheden. Zowel de werknemer als de werkgever contribueert aan een gemeenschappelijk ‘pot’, waaruit alle vergoedingen worden betaald. Alle claims daartoe worden gericht aan de Staat, zonder dat de mate van schuld aan de zijde van de werknemer of de werkgever enige invloed heeft op de uitkering (‘no fault benefit’). Doorgaans ontvangen de slachtoffers echter geen volledige compensatie.

Daarnaast, en ook in aanvullende zin, staat het civiele aansprakelijkheidsrecht voor de gelaedeerde werknemer open. Hoewel de arbeidsrelatie tussen de werkgever en de werknemer is gebaseerd op een onderlinge overeenkomst en een vordering tot schadevergoeding vanwege wanprestatie derhalve voor de hand ligt, wordt vanwege historische ontwikkelingen in de praktijk vrijwel

³⁹ Better Regulation Task Force 2004, p. 12.

altijd uitgeweken naar het rechtsgebied van de onrechtmatige daad ('tort law').⁴⁰

In de praktijk waagt naar schatting slechts circa 12% van de gelaedeerde werknemers zich aan een civiele procedure tegen de eigen (voormalige) werkgever, vanwege de inherente kosten, risico's en traagheid die hiermee gepaard gaan.⁴¹ Dit zijn met name de werknemers die fysiek (en daardoor vaak ook financieel) zwaar getroffen zijn. In het verleden lag dit percentage lager, wat met name kan worden geweten aan de 'unholy Trinity', namelijk de reeds eerder genoemde doctrines van 'common employment', 'volenti non fit injuria' en 'contributory negligence'.⁴² Markesinis en Deakin menen dat tegenwoordig echter kan worden gesproken van een opwaartse trend om de werknemer civielrechtelijk aansprakelijk te stellen. Naast een toegenomen assertiviteit van de werknemer kan de oorzaak hiervoor mede worden gezocht in de 'Employers' Liability (Compulsory Insurance) Act 1969'. Deze wet verplicht de werkgever om zijn werknemers te verzekeren tegen schade die zij lijden in en door de uitvoering van hun werkzaamheden. Alleen genationaliseerde bedrijven, lokale overheden en de politie zijn van deze verzekeringsplicht uitgezonderd.

Het systeem van 'tort law' bestaat uit twee delen: de 'common law' en de verzameling van wettelijke verplichtingen die bekend staat als de 'statutory duties'. Beiden bieden de werknemer een juridisch fundament om zijn vordering tot schadevergoeding jegens de werkgever vanwege een arbeidsongeval of een beroepsziekte op te baseren.⁴³ Door deze tweedeling bevindt het Engelse werkgeversaansprakelijkheidsrecht zich in een unieke positie tussen enerzijds het Nederlandse recht, waar de Hoge Raad het ontbreken van een absolute zorgplicht voortdurend benadrukt, en anderzijds het Belgische recht, waar wel van een absolute zorgplicht kan worden gesproken in die zin dat de tekortkoming van de werkgever er niet toedoet.

De aansprakelijkheid van de werkgever op grond van 'common law' is gebaseerd op een uitgebreide en diverse verzameling van gerechtelijke uitspraken, ongeschreven gewoonterecht, traditie en algemene kennis waarover de werkgever afhankelijk van de omstandigheden van het geval wordt verondersteld te beschikken. Daarnaast kan een beroep op de 'common law'

40 Vgl. Lord Simonds' opinie in *Davie v. New Merton Board Mills Ltd.* [1959] AC 604; *Donoghue v. Stevenson* [1932] AC 562; zie *Percy & Walton* 1997, nr. 10-07.

41 Vgl. Markesinis & Deakin 1999, p. 521.

42 De eerste twee hiervan zijn inmiddels afgeschaft. Het principe van 'contributory negligence' wordt nog steeds toegepast, vgl. *Sowden v Crookdale* [2004] EWCA Civ 1370.

43 Meer over deze begrippen in *Cotter & Bennet* 2008, hoofdstukken 4 en 5.

worden onderverdeeld in de aansprakelijkheid van de werkgever die zich naar Nederlands recht laat vergelijken met de aansprakelijkheid voor hulp-personen ('vicarious liability')⁴⁴ en de niet-delegeerbare plichten ('personal non-delegable duties')⁴⁵. De aansprakelijkheid van de werkgever voor 'non-delegable duties' uit common law is geleidelijk ontstaan als poging om (de in de praktijk zeer onbillijke en onredelijke resultaten van de toepassing van) het beginsel van 'common employment' te beperken door de stelling toe te passen dat de uitvoering van zekere verantwoordelijkheden weliswaar kan worden gedelegeerd, maar niet de daarbij behorende juridische aansprakelijkheid omdat deze laatste persoonsgebonden zou zijn.⁴⁶

De wettelijke verplichtingen ten aanzien van de zorgplicht van de werkgever zijn neergelegd in een grote verscheidenheid van wetten. De belangrijkste hiervan zijn de 'Employer's Liability (Defective Equipment) Act 1969', de 'Factories Act 1961' en met name de 'Health and Safety at Work 1974'⁴⁷ (HSWA). Schending van wettelijke verplichtingen kan leiden tot civielrechtelijke

44 Eén van de bekendste voorbeelden van 'vicarious liability' kan worden gevonden in s. 2 (1) Health and Safety at Work Act 1974 (HSWA). ('S.' staat voor section, te vergelijken met de afkorting 'art.' voor het Nederlandse wetsartikel.) Dat deze werkgeversaansprakelijkheid zeer verreikende consequenties kan hebben, blijkt uit het arrest *Lister v. Hesley Hall Ltd.* [2001] UKHL 22, [2001] All ER, 769 waarin een schoolbestuur door het House of Lords aansprakelijk is gehouden voor de seksuele mishandeling van meerdere inwonende leerlingen door hun 'oppasser', die in dienst was van het schoolbestuur; vgl. Collender 2001, p. 1-2. Ook: *Mattis v. Pollock (t/a Flamingo's Nightclub)* [2003] EWCA Civ 887 [2004] PIQR P21, waarin een nachtclub aansprakelijk werd gehouden voor het agressieve optreden van de uitsmijter en *Majrovski v. Guy's and St. Thomas's NHS Trust* [2006] UKHL 34 waarin de werkgever aansprakelijk werd geacht voor het pesten en intimideren door de directe superior. Geen 'vicarious' aansprakelijkheid van de werkgever werd aangenomen voor het letsel van een nachtclubportier in *Hawley v. Luminar Leisure* [2006] EWCA Civ 18 en [2006] PIQR P211.

45 Het klassieke voorbeeld hiervan is *Wilsons and Clyde Coal Ltd. v. English* [1937] 3 All ER 628, waarin de erfgenamen van een mijnwerker diens werkgever aansprakelijk stelden vanwege de tekortschietende zorg voor de veiligheid van de door hem daartoe aangestelde employee. Het House of Lords meende in casu dat de werkgever aansprakelijk was; niet 'vicariously' maar op grond van 'breach of a non-delegable duty'. Vgl. *Hepple & Matthews* 1991, p. 565.

46 *Markesinis & Deakin* 1999, p. 523.

47 De wetgever heeft de intentie om alle wettelijke voorzieningen, die betrekking hebben op de gezondheid en veiligheid van de werkvloer, onder te brengen in deze wet, zoals reeds is geschied met de 'Mines and Quarries Act 1954', de 'Agriculture (Safety, Health and Welfare Provisions) Act 1956', de 'Factories Act 1961' en de 'Offices, Shop and Railways Premises Act 1963'. Vgl. *Beck en Woolfson* 2000, p. 35-49; met uitgebreide beschrijving van de politieke invloed op de totstandkoming van deze wetgeving en het zgn. Robens Rapport dat daartoe aanleiding gaf. Ook de implementatie van EG-wetgeving op dit gebied wordt in de vorm van 'regulations' in deze wet gecodificeerd. Vgl. bijvoorbeeld de EC Council Directive 89/391, die is opgenomen als de 'Management of Health and Safety at Work Regulations 1992' (hierna: MHSWR), SI 1992/2051; EC Council Directive 90/269 heeft geleid tot de 'Manual handling Operations Regulations 1992' en EC Council Directive 90/270 tot de 'Health and Safety (Display Screen Equipment) Regulations 1992, IS 1992/2792.

aansprakelijkheid van de werkgever, *tenzij* de betreffende geschonden regeling dit expliciet uitsluit.⁴⁸

Er zijn echter enige belangrijke verschillen tussen de ‘common law’ en de ‘statutory law’. Ten eerste worden de ‘common law’-verplichtingen van de werkgever die voortvloeien uit de arbeidsovereenkomst geacht een vrij algemeen karakter te hebben in vergelijking met de ‘statutory duties’. Dit is niet verwonderlijk, daar het (doorgaans) eigen is aan wettelijke bepalingen van beschermende aard dat zij specifiek omschreven zijn. De consequentie van het ‘vrije’ karakter van de common law-verplichtingen is dat de betekenis en reikwijdte meer voor eigentijdse en individuele interpretatie vatbaar zijn en daardoor ook meer onzeker van aard zijn.

Ten tweede draagt een wettelijke verplichting (‘statutory duty’) dikwijls een absoluut karakter, wat het gemakkelijker maakt voor de werknemer om de aansprakelijkheid van de werkgever aan te tonen: deze heeft immers óf zijn specifiek omschreven wettelijke verplichting nageleefd óf deze geschonden. Het is aan de werknemer om het laatste aan te tonen, evenals het causaal verband tussen de betreffende schending en zijn schade. Ten aanzien van het causaal verband moet hij tenminste aannemelijk maken (‘on a balance of probabilities’) dat de schending van de wettelijke verplichting de oorzaak is van het letsel of althans in aanzienlijke mate daartoe heeft bijgedragen.⁴⁹ Waar echter in de wettelijke verplichting een frase wordt genoemd als “so far as is reasonably practicable”, wordt de bewijslast omgekeerd en dient de werkgever als gedaagde te bewijzen dat hij aan deze norm heeft voldaan.⁵⁰ De kwestie van schuld is ten aanzien van een geschonden wettelijke verplichting van de werkgever eveneens in het bewijsrechtelijk voordeel van de werknemer: hij behoeft niet de schuld van de werkgever aan te tonen, wat bij een vordering gebaseerd op common law wél het geval is. Bovendien wordt, in geval van een schending van een wettelijke regeling, minder snel eigen schuld (‘contribu-

48 Een belangrijke uitsluiting in deze zin betreft s. 2 HSWA 1974. Deze bepaling formuleert een algemene opdracht aan de werkgever tot het verzorgen van werkomstandigheden die, zo ver als redelijkerwijs mogelijk is, de veiligheid, gezondheid en welzijn van de werknemer beschermen. Schending van deze bepaling biedt slechts mogelijkheid tot strafrechtelijke vervolging van de werkgever maar niet tot een civielrechtelijke vordering aan diens adres. Vgl. *R v. Associated Octel Ltd.* [1997] 1 Cr App R (S) 435, CA en *R v. F Howe & Son (Engineers) Ltd.*, [1999] 2 All ER 249 waarin tevens een overzicht wordt gegeven van verzwarende en mitigerende omstandigheden.

49 Vgl. *Bonnington Castings Ltd. v. Wardlaw* [1956] AC 613.

50 *Marshall v. Gotham* [1954] AC 360, *Gibson v. British Insulated Callender's Construction Co. Ltd.* 1973 SLT 2 (HL), *Moffat v. Marconi Space and Defence Systems Ltd.* 1975 SLT (Notes) 60 en *Bowes v. Sedgfield District Council* [1981] ICR 234, CA.

tory negligence') aan de zijde van de werknemer aangenomen; opnieuw een voordeel ten opzichte van common law.⁵¹

Een illustratief voorbeeld van het praktische verschil tussen 'statutory law' en 'common law' betreft *Stark v. Post Office*, waarin postbode Stark zich beriep op de Provision and Use of Work Equipment Regulations 1992. Deze 'statutory' regeling verplicht de werkgever om ervoor te zorgen dat zijn 'equipment' (in de zin van gereedschappen, werktuigen, etc.) in goede, werkende staat verkeert. Als gevolg van het absolute karakter van de uit deze bepaling voortvloeiende zorgplicht kon Stark, die ernstig letsel had bekomen als gevolg van een kapotte rem op zijn dienstfiets, toch zijn werkgever met succes aansprakelijk stellen ondanks het feit dat de fiets behoorlijk was onderhouden en een vordering op grond van common law om deze reden vermoedelijk zou hebben gefaald.⁵²

Ten derde strekken de wettelijke bepalingen in de regel ertoe om nadere invulling te geven aan essentiële begrippen ten aanzien van het arbeidsomstandighedenrecht, zoals 'safe equipment', 'safe place of work' en 'safe system'. Geleidelijk worden 'oude' bepalingen van deze strekking vervangen door andere, ter implementatie van EG-regelgeving.⁵³

Een vierde verschil is dat de verantwoordelijkheid van de werkgever voor de arbeidsomstandigheden verder reikt uit hoofde van de 'common law' dan het geval is ten aanzien van de wettelijke bepalingen (zij het, zoals reeds aangevoerd, met een zwaardere bewijslast zijdens de werknemer). Zo kan de werkgever toch naar common law aansprakelijk zijn voor het letsel van een werknemer die, ondanks de naar *wettelijke* normen veilige toestand van de werkplek, toch het slachtoffer is geworden van de nalatigheid van de werkgever in het nemen van adequate veiligheidsmaatregelen. De grondslag hiervoor is de redenering dat het naar 'common law' maatschappelijk onbetamelijk en onaanvaardbaar is om een ander bewust aan een gezondheidsrisico bloot te stellen, ook al valt dit risico binnen wettelijke grenzen.⁵⁴

51 Er kan reeds sprake zijn van eigen schuld indien de werkgever heeft nagelaten om de in redelijkheid te vergen maatregelen tegen een bepaald risico te nemen en de werknemer, dit wetende, vervolgens het slachtoffer is geworden van de verwezenlijking van het betreffende risico. Vgl. *A.C. Billings & Sons Ltd. v. Riden* [1958] AC 240, vgl. *Percy & Walton* 1997, nr. 10-27.

52 *Stark v. Post Office* [2000] PIQR P105.

53 De belangrijkste hiervan is de EC Framework Directive on Health and Safety 89/391, onder invloed waarvan de Workplace (Health, Safety and Welfare) Regulations, SI nr. 1992/3004 tot stand is gekomen, die vele 'oude' regelgeving in de Factories Act 1961 en de Office, Shops and Railway Premises Act 1963 heeft vervangen.

54 Vgl. *Killgolan v. William Cooke & Co. Ltd.* [1956] 2 All ER 294, [1956] 1 WLR 527, CA.

Een belangrijke overeenkomst tussen common law en statutory law betreft de bewijsrechtelijke tegemoetkoming aan de zijde van de werknemer indien uit de omstandigheden van het geval onomstotelijk kan worden afgeleid dat de werkgever tekort is geschoten in zijn zorgplicht: dit staat bekend als ‘res ipsa loquitur’. Dit doet zich bijvoorbeeld voor bij een explosie, metaalmoetheid of een geknapt veiligheidstouw. Onder dergelijke omstandigheden bestaat er een weerlegbaar vermoeden van een verwijtbare tekortkoming (‘negligence’) aan de zijde van de werkgever, waartegen hij zich slechts kan verweren door te bewijzen dat hij alle in redelijkheid te vergen zorg in acht heeft genomen of door een verklaring voor het ongeval te geven waarmee hij niet zichzelf belast.⁵⁵

2.2 *De zorgplicht van de werkgever: the duty of care*

Naar Engels recht heeft de werkgever⁵⁶ een zowel uit ‘statutory law’ als uit ‘common law’ voortvloeiende verplichting om een redelijke mate van zorg in acht te nemen voor de veiligheid, gezondheid en welzijn van zijn personeel. Deze verplichting staat bekend als de ‘duty of care’.⁵⁷ Inhoudelijk wordt de zorgplicht van de werkgever voor zijn personeel dikwijls omschreven als “a duty to provide safe plant and premises, a safe system of work, safe and suitable equipment, and safe fellow-employees.”⁵⁸

De beschermingssfeer van deze zorgplicht betreft zowel zijn eigen werknemers, hetzij op zijn eigen erf, hetzij op dat van derden, als werknemers van andere werkgevers die zich op zijn terrein en in zijn gebouwen bevinden.⁵⁹ De beschermingssfeer van deze zorgplicht strekt zich zowel uit tot de personen met wie hij een arbeidsovereenkomst heeft als tot ingeleende en gedetacheerde personen en vrijwilligers zonder salaris. Ook ambtenaren kunnen

⁵⁵ Vgl. Cotter & Bennet 2008, p. 103-106.

⁵⁶ Onder werkgever wordt ieder (rechts-)persoon verstaan, die in de uitoefening van een beroep of bedrijf een ander onder een ‘contract of service or apprenticeship’ heeft, vgl. Employer’s Liability (Defective Equipment) Act 1969 s. 1 (3).

⁵⁷ Vgl. Donoghue v. Stevenson [1932] AC 562, Wilsons and Clyde Coal Ltd. v. English [1937] 3 All ER 628 en Vaughan v. Ropner & Co Ltd. (1947) 80 LI L Rep. 119, waarin diep wordt ingegaan op het beginsel van de ‘duty of care’ jegens een ander. Ook: Cotter & Bennet 2008, p. 129 e.v.

⁵⁸ Halsbury’s Laws of England 1993, p. 357.

⁵⁹ Vgl. in het bijzonder Wilsons and Clyde Coal Co. Ltd. v. English [1938] AC 57, [1937] 3 All ER 628, Paris v. Stepney Borough Council [1951] AC 367 en Davie v. New Merton Board Mills Ltd. [1958] 1 QB 210, 1 All ER 67 waarin deze zorgplicht expliciet wordt besproken. Voor zover zijn werknemers zich op het terrein van een derde bevinden, is de mate van zijn zorgplicht evenredig met de mate waarin hij feitelijk invloed of controle kan uitoefenen op de veiligheid van zijn werknemer terwijl deze elders verkeert. Dit zal in veel gevallen gering zijn, vgl. General Cleaning Contractors Ltd. v. Christmas [1953] AC 180, [1952] 2 All ER 1110.

sinds de invoering van de Crown Proceedings Act 1947 hun Engelse werkgever aansprakelijk stellen als ware deze een particuliere werkgever; terzake van inbreuken op wettelijke verplichtingen geldt wel de voorwaarde dat de betreffende wettelijke regeling van toepassing moet zijn op de overheid of althans niet door de bovengenoemde wet expliciet wordt uitgesloten.⁶⁰

Ook het Engelse recht ondergaat de gevolgen van de maatschappelijke ontwikkeling waarbij zich steeds andere, nieuwere vormen van arbeidsrelaties voordoen die het recht op de proef stellen. Om deze reden zijn er in de jurisprudentie criteria ontwikkeld om een antwoord te kunnen bieden op de vraag of een bepaald persoon onder de zorgplicht van de werkgever valt. Het meest belangrijke hiervan is het vereiste dat de werkgever de werknemer niet alleen mag instrueren wat hij moet doen, maar ook op welke wijze. Om deze reden vallen zelfstandig opererende opdrachtnemers ('independent contractors') buiten de beschermingssfeer van de zorgplicht.⁶¹ Andere criteria zijn ontleend aan de National Insurance Acts en betreffen bijvoorbeeld de methode van betaling voor de werkzaamheden, de mate van zelfstandigheid van de werknemer, de voorziening van gereedschap en materialen, de verplichtingen om belastingen af te dragen, verzekeringen af te sluiten, etc. Het is veelal een zeer feitelijke kwestie die steeds afhankelijk is van de omstandigheden van het geval.

Een belangrijk vereiste voor de aanwezigheid van een zorgplicht is het gegeven dat de werknemer ten tijde van de oorzaak van zijn schade in de uitoefening van zijn werkzaamheden moet zijn geweest; hoe goed of slecht, eerlijk of onheus hij deze heeft verricht is niet van belang. Werknemers die strikt verboden zaken doen, zoals bijvoorbeeld een 'rookkwartiertje' houden in een mijngang of de paljas uithangen ten koste van hun collega's, worden geacht niet bezig te zijn in de uitoefening van hun werkzaamheden en vallen op zo'n moment niet onder de zorgplicht of de daaruit voortvloeiende aansprakelijkheid van de werkgever.⁶²

60 Vgl. Crown Proceedings Act 1947 s. 2 (1 en 2). Een voorbeeld van een dergelijke uitsluiting betreft leden van de krijgsmacht in brede zin; zo kan een soldaat in actieve dienst die het slachtoffer is geworden van een gebrekkig geweer de Engelse Kroon niet aansprakelijk stellen voor zijn letsel op grond van 'common law', vgl. Crown Proceedings Act 1947 s. 10.

61 Vgl. Munkman 1985, p. 84 e.v. en p. 97-99; zie ook Market Investigation Ltd. v. Ministry of Social Security [1969] 2 QB 173, [1968] 3 All ER 732 en Poliskie v. Lane 1981 SLT 282.

62 Kirby v. National Coal Board 1959 SLT 7 en Smith v. Crossley Bros Ltd. (1951) 95 SJ 655, waar twee leerlingen een derde leerling anaal 'insemineerden' met compressielucht bij wijze van geintje; hun werkgever werd niet aansprakelijk geacht voor de schade van het slachtoffer omdat de medeleerlingen niet in de uitvoering van hun werkzaamheden handelden en bovendien een dergelijke schade in redelijkheid niet voorzienbaar was voor de werkgever.

Net als in Nederland is de zorgplicht van de werkgever jegens de werknemer niet van een absolute aard, onverschillig of hij wordt aangesproken uit hoofde van wanprestatie of onrechtmatige daad.⁶³ De mate van zijn zorgplicht is evenredig met de mate waarin hij feitelijk invloed of controle kan uitoefenen op de veiligheid van zijn werknemer terwijl deze elders verkeert, wat in veel gevallen gering zal zijn.⁶⁴ Het ontbreken van risicoaansprakelijkheid heeft tot gevolg dat, indien de werknemer het slachtoffer wordt van een gevaar dat eigen is aan de uitoefening van zijn werkzaamheden ('inherent risk of employment') maar de werkgever tegelijkertijd geen tekortkoming in diens zorg voor de werknemer kan worden verweten, de werkgever niet aansprakelijk is voor de schade van de werknemer.⁶⁵ Dit kan zich bijvoorbeeld voordoen wanneer de werknemer van een steiger valt als gevolg van de opzettelijke duw van een collega.⁶⁶ Maar anders dan in Nederland, waar het beginsel dat de zorgplicht niet absoluut van aard is, nog wel eens een voorzichtig geformuleerd steekje laat vallen in de vorm van goed werkgeverschap, de inherente beschermingsgedachte van art. 7:658 BW, redelijkheid en billijkheid etc., wordt dit beginsel in Engeland veel strikter nageleefd. De achtergrond hiervan is, vermoed ik, dat het werkgeversaansprakelijkheidsrecht in Engeland in essentie meer gericht is op (de handhaving van) de financiële belangen van de werkgever dan op die van de werknemer. De gezaghebbende jurist Munkman heeft betoogt dat wie, zoals de werkgever, uit eigen belang een risico schept daarvan de consequenties moet dragen en dat, vanuit dat oogpunt bezien, het vergaand onredelijk is dat er wél risicoaansprakelijkheid bestaat ten aanzien van bezit maar niet ten aanzien van personenschade. Tot op heden heeft zijn betoog maar weinig steun gevonden en zeker geen toepassing ten aanzien van werkgeversaansprakelijkheid. Zijn voorspelling anno 1985 dat de invoering van risicoaansprakelijkheid van de werkgever nog slechts een kwestie van tijd zou zijn, is tot op heden dan ook van weinig betekenis gebleken.⁶⁷

Het kan echter wel worden gesteld dat naarmate de activiteit van de werknemer meer gevaar met zich brengt, de zorgplicht van de werkgever overeenkomstig

63 Vgl. *Wilsons and Clyde Coal Co. Ltd. v. English* [1938] AC 57, Lord MacDermott in *Winter v. Cardiff Rural District Council* [1950] 1 All ER 819 en *Searby v. Yorkshire Traction* [2003] EWCA Civ Lawtel 19/12/2003 waarin een buschauffeur werd aangevallen door een passagier; zie *Percy & Walton* 1997, nr. 10-08.

64 *General Cleaning Contractors Ltd. v. Christmas* [1953] AC 180, [1952] 2 All ER 1110.

65 Vgl. *Rands v. McNeil* [1955] 1 QB 245, [1954] 3 All ER 593, waar een boerenknecht werd verwond door een stier, *Michie v. Shenley* (1952) *Times* 19 maart 1952 waar een verpleegster werd verwond door een geestelijk gestoorde patiënt en *Saul v. St. Andrew's Steam Fishing Co. Ltd., The St. Chad* (1965) 109 Sol Jo 392, waar een visser overboord werd geslagen door een zware golf.

66 *Horton v. Caplin Contracts Ltd* [2003] PIQR 180. Vgl. ook *Boyle v. Kodak* [1969] All E R 439.

67 Munkman 1985, p. 78.

zwaarder gaat wegen, vgl. de zaak *Read v. Lyons & Co. Ltd.* waarin een werknemster van het Ministry of Supply gewond raakte als gevolg van de explosie van de door haar te inspecteren hulzen in een munitiefabriek.⁶⁸ Indien de werkgever een risico niet geheel kan elimineren, behoort hij in ieder geval het risico zo ver als in redelijkheid mogelijk is te beperken.⁶⁹

Ieder beding waardoor de 'duty of care' van de werkgever wordt beperkt of uitgesloten, is nietig.⁷⁰

2.3 *De basisverplichtingen van de werkgever uit hoofde van common law*

2.3.1 *Algemeen*

Het antwoord op de vraag of de werkgever naar de normen van common law heeft gezorgd voor veilige arbeidsomstandigheden is geheel afhankelijk van de omstandigheden van het geval, de aard van de locatie en omstandigheden en hetgeen gebruikelijk is in locaties van vergelijkbare aard.⁷¹ Hierbij is bepalend wat een redelijk voorzichtige werkgever ('a reasonably prudent employer') in een vergelijkbare situatie zou doen of nalaten. Naarmate de locatie meer aan de invloedssfeer van de werkgever is onttrokken, zal de werkgever eerder worden gehouden aan zijn verplichtingen als redelijk voorzichtig werkgever te hebben voldaan.⁷² Zo stelt Lord Justice Parker in de zaak *Wilson v. Tyneside Window Cleaning Co.* dat: "The duty is there, whether the premises on which the workman is employed are in the occupation of the master or of a third party; but what reasonable care demands in each case will no doubt vary." Hieraan voegde Holroyd Pearce, ook Lord Justice, aan toe: "(...) if a master sends his plumber to mend a leak in a respectable private house, no one could hold him negligent for not visiting the house himself to see if the carpet in the hall creates a trap."⁷³

In de zaak *Wilsons and Clyde Coal Ltd. v. English*⁷⁴, één van de pilaren van het Engelse werkgeversaansprakelijkheidsrecht, heeft Lord Wright drie basisbeginselen van een goede zorgplicht van de werkgever (duty of care) voor de gezondheid, veiligheid en welzijn van de werknemer onderscheiden. De werkgever moet redelijke zorg in acht nemen en erop toezien dat a) het

68 *Read v. Lyons & Co. Ltd.* [1947] AC 156, [1946] 2 All ER 471; zie ook *Paris v. Stepney Borough Council* [1951] AC 367, [1951] 1 All ER 42.

69 *General Cleaning Contractors Ltd. v. Christmas* [1953] AC 180, [1952] 2 All ER 1110.

70 *Employer's Liability (Defective Equipment) Act 1969* s 1 (2).

71 Vgl. *Percy & Walton* 1997, nr. 10-14 t/m 10-18, met uitvoerige jurisprudentie.

72 Vgl. *Wilson v. Tyneside Window Cleaning Co.* [1958] 2 QB 110.

73 *Wilson v. Tyneside Window Cleaning Co.* [1958] 2 QB 110.

74 *Wilsons and Clyde Coal Ltd. v. English* [1937] 3 All ER 628.

personeel bekwaam is, b) het ter beschikking gestelde materiaal adequaat is en c) de arbeid op behoorlijke wijze is georganiseerd ('proper system of work'). Hieraan voegen Markesinis en Deakin nog een vierde aspect van de zorgplicht toe: een veilige werkplek.⁷⁵ Een bijkomstige reden voor het belang van deze uitspraak is de hierin zeer expliciet verwoorde beslissing dat de werkgever niet (meer) aan aansprakelijkheid jegens zijn gelaedeerde werknemer kon ontsnappen door de verantwoordelijkheid voor de veiligheid van zijn personeel te delegeren. Dit betekende het einde van de doctrine van 'common employment'.

2.3.2 Onderzoeksplicht

Het uitgangspunt ten aanzien van de omvang van de kenplicht van de werkgever met betrekking tot de gevaren van de arbeidsomstandigheden in zijn onderneming wordt in essentie bepaald door de 'reasonable man'-test: wat behoort een gemiddeld geïnformeerde, omzichtige persoon hierover te weten c.q. te voorzien?⁷⁶ (Dit wordt ook wel de 'standard of care' genoemd.) Hoewel deze test het uitgangspunt vormt voor de kennis waarover de werkgever behoort te beschikken, wordt de lat toch wat hoger geplaatst omdat juist vanwege zijn bijzondere positie en zeggenschap in zijn onderneming meer gespecialiseerde kennis en aandacht voor preventie van hem mag worden verwacht.⁷⁷ Zo wordt hij bijvoorbeeld verondersteld om kennis te nemen van informatieve publicaties van de Health and Safety Executive en andere Engelse veiligheidsorganisaties. Het is evident dat dit bij geen benadering zover gaat als de onderzoeksplicht van de Nederlandse werkgever, welke al gauw voorbij de landsgrenzen kan strekken indien daar aanleiding toe bestaat.

Cotter en Bennet wijzen erop dat het antwoord op de vraag of specifieke kennis behoort tot de 'gespecialiseerde' kennis of algemeen bekend is, in vergaande mate afhankelijk is van de omvang en financiële capaciteiten van het bedrijf van de werkgever en daarmee een zeer variabele, feitelijke kwestie is. Anders gezegd: hoe kleiner de onderneming van de werkgever is, hoe geringer de betekenis van zijn kenplicht ten aanzien van de gevaren die zijn werknemers in de uitoefening van hun werkzaamheden moeten riskeren. Ook waar de werkgever over eigen kennis beschikt die verder gaat dan die van zijn concurrenten of die op wetenschappelijk niveau algemeen bekend of

75 Markesinis & Deakin 1999, p. 523.

76 De 'reasonable man'-test is tot stand gekomen na de uitspraken inzake *Blyth v. Birmingham Waterworks Co.* (1856) 11 Exch 781 en *Glasgow Corp'n v. Muir* [1943] AC 448; vgl. ook *Harvey v. Singer Manufacturing Co. Ltd.* 1960 SLT 178.

77 *Dugmore v. Swansea NHS Trust* [2003] PIQE P220.

erkend is, wordt de verder reikende invulling van zijn zorgplicht jegens zijn werknemers zeer voorzichtig geformuleerd: “he *may* be obliged”.⁷⁸

Wanneer de werkgever zich als een ‘reasonable man’ behoorlijk op de hoogte heeft gehouden van de veiligheids- en gezondheidsrisico’s zoals die algemeen bekend zijn in zijn bedrijfstak en hij desondanks niet bekend is met een bepaald risico, vloeit daaruit voort dat er geen verplichting bestaat om maatregelen te nemen teneinde dat risico af te wenden, noch is hij aansprakelijk indien dat risico zich verwezenlijkt.⁷⁹

2.3.3 Inventarisatie en evaluatie

De verplichting van de werkgever om te zorgen voor een ‘proper system of work’ houdt in dat hij een behoorlijke inventarisatie en evaluatie (‘assessment’) maakt van de risico’s die de gezondheid en veiligheid van de werknemers (kunnen) bedreigen in de uitoefening van hun werkzaamheden.⁸⁰ Hierbij houdt hij rekening met aspecten als de planning, organisatie, toezicht en toetsing van preventieve en beschermende veiligheidsmaatregelen. Deze zorgplicht geldt ook ten aanzien van personen die geen arbeidsovereenkomst met de werkgever hebben maar wel een vergelijkbaar risico lopen als zijn werknemers, bijvoorbeeld doordat zij vanwege hun aanwezigheid op het terrein van de werkgever (bijvoorbeeld als nachtelijke schoonmakers of bezoekers) of vanwege de bedrijfsactiviteiten aan dit risico worden blootgesteld. Wanneer de werkgever vijf of meer werknemers in dienst heeft, moet hij de belangrijkste bevindingen van deze ‘assessment’ schriftelijk vast leggen, evenals de aard van de groep werknemers die enig bijzonder risico loopt.⁸¹

Voorts behoort iedere werkgever zijn werknemers te voorzien van begrijpelijke en relevante informatie betreffende de risico’s voor hun gezondheid en veiligheid, zoals die zijn geconstateerd in het ‘risk-assessment’. Dit geldt ook ten aanzien van de preventieve en beschermende maatregelen, de veiligheidsprocedures in geval van nood, de identiteit van de ‘veiligheidsinstructeurs’ die toezicht moeten houden en leiding geven in geval van een noodomstandigheid, en de risico’s die hem zijn meegedeeld door andere werkgevers die een werkplek met hem delen.⁸²

⁷⁸ Cotter & Bennet 2006, p. 59 e.v.

⁷⁹ Cotter & Bennet 2006, p. 59 met verwijzing naar *Heyes v Pilkington Glass Ltd* [1998] PIQR P 303 en *Doherty v Rugby Joinery (UK) Ltd* [2004] EWCA Civ 147.

⁸⁰ Vgl. MHSWR 1992, IS 1992/2051, reg 3 (1) (a); dit is een codificatie van EC Council Directive 89/391 en EC Council Directive 91/383.

⁸¹ Vgl. MHSWR 1992, reg 3 (2) (a); zie ook de Approved Code of Practice (ACOP) par. 29 en Halsbury’s Laws of England 1993, par. 564.

⁸² Vgl. MHSWR 1992, IS 1992/2051, reg. 3 en ACOP para 54.

Evenals de omvang van de kenplicht lijkt de reikwijdte van de verplichting om een veilig beleid te voeren afhankelijk te zijn van de omstandigheden van het geval. In het arrest *Stokes v. GKN* wordt dit nader toegelicht:

“(...) where there is developing knowledge, [the employer] must keep reasonably abreast of it and not be too slow to apply it; and where he has in fact greater than average knowledge of the risks, he may be thereby obliged to take more than the average or standard precautions.”⁸³

De inventarisatieplicht van de werkgever zal in belang toenemen naarmate zijn gereedschappen, werktuigen, machines, grondstoffen en productieprocessen (kortom: ‘plant’ in de breedste zin van het woord), complexer of gevaarlijker worden. Wanneer daartoe aanleiding bestaat, mag hij niet slechts vertrouwen op ongevraagde meldingen van zijn personeel maar zal hij zijn werknemers moeten instrueren om incidenten schriftelijk te rapporteren of zelf actief controleren dat alles deugdelijk functioneert.⁸⁴

Markesinis en Deakin menen dat de werkgever een werkplek die buiten zijn erf c.q. feitelijke zeggenschap ligt niet op risico's voor de gezondheid of de veiligheid van zijn personeel hoeft te inspecteren; wel rust op hem de verplichting om behoorlijke aanwijzingen, materialen en gereedschappen ter beschikking te stellen.⁸⁵ Daar staat tegenover dat als bijvoorbeeld een risico op een dergelijke locatie zich al eerder heeft verwezenlijkt of heeft bedreigd te verwezenlijken, op de werkgever een verplichting rust om de werkzaamheden zodanig te organiseren, dat deze veilig kunnen worden verricht, voor zover dat in redelijkheid mogelijk is; bij gebreke waarvan hij aansprakelijk kan zijn indien het risico zich toch verwezenlijkt.

Voor zover er meerdere werkgevers op een werkplek aanwezig zijn, moeten zij de risico-inventarisatie en -evaluatie en de daarop af te stemmen maatregelen en instructies gezamenlijk coördineren.⁸⁶

83 *Stokes v. GKN* [1968] 1 WLR 1776, 1783; idem *Thompson v. Smiths Ship Repairers (North Shields) Ltd.* [1984] QB 405, 1 All ER 881, 889.

84 In *Sherlock v. Chester City Council*, Lawtel 26 februari 2004 CA, werd de werkgever aansprakelijk geacht vanwege een tekortkoming in zijn onderzoeksplicht met betrekking tot de gevaren van een cirkelzaag.

85 Vgl. Markesinis & Deakin 1999, p. 530 en *General Cleaning Contractors v. Christmas* [1953] AC 180.

86 Vgl. HSWR 1992, reg 6 (3), MHSWR 1992, IS 1992/2051, reg. 9 (1) en ACOP para 59.

2.3.4 Maatregelen

De reeds in het kader van de kenplicht genoemde ‘standard of care’-test wordt ook toegepast ten aanzien van het antwoord op de vraag welke veiligheidsmaatregelen in redelijkheid van de werkgever kunnen worden gevergd. Omwille van de objectiviteit wordt de ‘reasonable man’-test bepaald door drie criteria.⁸⁷ De eerste, genaamd ‘magnitude of risk’, vrij vertaald met de omvang van de kans op verwezenlijking van het gevaar, relateert de mate van vereiste zorg aan de feitelijke omstandigheden. In geval van een gering risico met een zeer geringe kans op verwezenlijking behoeft de werkgever in het geheel geen voorzorgsmaatregelen te nemen, terwijl bij een potentieel zeer ernstige schade, welke zich kan voordoen bij zeer gevaarlijke activiteiten (bijvoorbeeld arbeid in een vuurwerfabriek), de noodzakelijke veiligheidsmaatregelen zeer vergaand kunnen zijn. Steeds worden de kans op en de ernst van de potentiële schade afgewogen tegen het aspect van de financiële en feitelijke inspanningen die nodig zijn om schade te voorkomen. Naarmate het risico echter meer levensbedreigend is, vereist de ‘reasonable care’ dat de (financiële) inspanningen ter voorkoming c.q. beperking van dit risico evenredig groter worden.⁸⁸

Ook het ervaringsfeit dat een werknemer in de praktijk niet altijd zo attent is op gevaar als hij zou moeten zijn, bijvoorbeeld door zijn gewenning aan een bepaald gevaar of doordat herhaalde waarschuwingen niet meer echt tot hem doordringen behoort bij deze afweging te worden meegenomen.⁸⁹ Op gelijke wijze dient bij de afstemming van het veiligheidsbeleid ook rekening te worden gehouden met de individuele werknemer; dit betekent dat de ‘duty of care’ verder reikt ten aanzien van een relatief onervaren employee dan een ervaren, door de wol geverfde werknemer.⁹⁰

Het tweede criterium, nauw verbonden met het eerste, betreft de toets van ‘practicability’: de vereiste (financiële) maatregelen moeten, vanuit een praktisch oogpunt, evenredig zijn met de ernst en kans op mogelijke schade; zodra deze zwaarder gaan wegen, kunnen dergelijke maatregelen niet meer van de werkgever worden verlangd omdat zij de toets van ‘practicability of precautions’ niet halen.⁹¹ Zo behoeft een werkgever zijn werknemers niet te

87 Vgl. Cotter & Bennet 2006, p. 55-63.

88 Vgl. Lord Macmillan in *Read v. Lyons (J) & Co. Ltd.* [1947] AC 156, at 171: ‘The law in all cases exacts a degree of care commensurate with the risk created.’

89 *General Cleaning Contractors Ltd. v. Christmas* [1953] AC 180 en *Smith (or Westwood) v. National Coal Board* [1967] 2 All ER 593.

90 Vgl. *Byers v. Head Wrightson & Co. Ltd.* [1961] 2 All ER 538 resp. *Quintas v. National Smelting Co. Ltd.* [1961] 1 All ER 630.

91 Cotter & Bennet 2006, p. 67.

beschermen, te waarschuwen of te laten onderzoeken inzake een gezondheidsrisico dat slechts personen van bijzondere gevoeligheid treft, zeker wanneer er weinig kans bestaat dat zij aan een dergelijk gezondheidsrisico worden blootgesteld.⁹² De werkgever treft voorts geen aansprakelijkheid voor risico's betreffende werkzaamheden of arbeidsomstandigheden waartegen geen effectieve voorzorgsmaatregelen mogelijk zijn, terwijl hij evenmin aansprakelijk is in het geval dat het nemen van maatregelen evenveel voordelen (veiligheid, gezondheid) als nadelen met zich brengen, en hij derhalve besluit om geen maatregelen te nemen. Tenslotte behoeft hij geen 'nieuwewetse' verbeteringen op het gebied van veiligheid en gezondheid op zijn werkvloer te introduceren totdat de gunstige kwaliteiten hiervan genoegzaam vast zijn komen te staan. (Dit roept bij mij de vraag op welke werkgever hier dan als eerste mee zou beginnen.) Denning vat het als volgt samen: "In every case of foreseeable risk, it is a matter of balancing the risk against the resources necessary to eliminate it."⁹³

Het derde criterium betreft de 'general and approved practice'. Maatregelen die de toets van de gangbare praktijk kunnen doorstaan, kunnen dat naar Engels recht doorgaans ook in de ogen van de rechter; zeker wanneer de betreffende maatregelen worden aangeraden door experts op het betreffende gebied. Wanneer een veiligheidsmaatregel of -systeem echter een evident gebrek vertoont (de controle is bijvoorbeeld niet frequent genoeg of niet aanwezig maar wel wenselijk), kan de werkgever zich niet verweren dat zulks in zijn bedrijf of bedrijfstak gebruikelijk is. Zo verweerde de firma General Cleaning Contractors Ltd.⁹⁴ zonder succes dat op haar geen verplichting uit hoofde van haar zorgplicht rustte om werknemer Christmas te waarschuwen altijd te controleren of de raamkozijnen in veilige staat verkeerden, aangezien geen enkel glazenwasserbedrijf dit deed.

Ook de reikwijdte van de verplichting om adequate veiligheidsmaatregelen te nemen lijkt afhankelijk te zijn van de omstandigheden van het geval en in het algemeen niet erg stringent te zijn, minder streng althans dan in Nederland het geval is. In het arrest *Stokes v. GKN* wordt dit nader toegelicht: "(...) where there is a recognised and general practice which has been followed for a substantial period in similar circumstances without mishap [the employer] is

92 *Joseph v. Ministry of Defense* (1980) *Times* van 4 maart 1980, waarin Joseph 'whitefinger'-syndroom ontwikkelde als gevolg van de trillingen van een pneumatische boor; deze ziekte veroorzaakt ongevoeligheid in de vingers en is van een progressieve aard.

93 *Latimer v AEC Ltd* [1952] 2 QB 701, herhaald in *Harris v BRB (Residuary) Ltd* [2005] EWCA Civ 900.

94 Vgl. *General Cleaning Contractors Ltd. v. Christmas* [1953] AC 180, [1952] 2 All ER 1110.

entitled to follow it, unless in the light of common sense or newer knowledge, it is clearly bad (...).⁹⁵

Dit komt er op neer dat indien de werkgever zich ervan bewust is dat er moderne werktuigen, gereedschappen, technieken of bedrijfsprocessen zijn die de veiligheid en gezondheid van zijn personeel beter zouden kunnen beschermen, hij niet is gehouden om deze te installeren of aan te schaffen als zijn concurrentie dat ook niet doet (of wellicht juist niet, uit concurrentie-overwegingen), zolang deze handelswijze nog niet als het tamelijk vergaande 'clearly bad' kan worden betiteld. Men kan zich licht voorstellen dat een dergelijke conservatieve benadering de modernisering van de arbeidsveiligheid niet ten goede zal komen.

De werkgever die geen veiligheidsmaatregelen heeft getroffen waar een redelijk voorzichtige werkgever dit aannemelijk wel zou hebben gedaan, kan zich in het geval dat een werknemer letsel heeft gekregen vermoedelijk als gevolg van deze omissie verweren door te stellen dat, ook al zou hij de vereiste maatregelen hebben getroffen, dit tot hetzelfde resultaat zou hebben geleid.⁹⁶

Wellicht kan hier nog een vierde criterium aan worden toegevoegd: de voorzienbaarheid van het gevaar. De verplichting van de werkgever om maatregelen te treffen om zijn personeel te beschermen tegen de gevaren van de uitoefening van de werkzaamheden is immers direct afhankelijk van de aard van de voor de werkgever voorzienbare gevaren. Dit betekent dat de werkgever niet aansprakelijk is voor de gevolgen van de verwezenlijking van een gevaar wat hij mogelijk wél had kunnen afwenden maar wat hij niet had en ook behoefte te voorzien.⁹⁷ Dit geldt ook ten aanzien van arbeidsgerelateerd letsel wat op niet voorzienbare wijze aanmerkelijk is verergerd ('remoteness').⁹⁸

2.3.5 Instructieplicht en toezichtplicht

De reikwijdte van de verplichting om instructies te geven en toezicht te houden is net als de meeste verplichtingen van de Engelse werkgever zeer afhankelijk van de omstandigheden van het geval. Tenzij hij gegronde reden heeft om anders aan te nemen, mag de werkgever ervan uitgaan dat zijn werknemer een normale arbeidsdruk en -omstandigheden aankan en

95 Stokes v. GKN [1968] 1 WLR 1776, 1783; idem Thompson v. Smiths Ship Repairers (North Shields) Ltd. [1984] QB 405, 1 All ER 881, 889.

96 Verdedigd door Lord Denning in Qualcast (Wolverhampton) Ltd. v. Haynes [1959] AC 743; ook in McWilliams v. Sir William Arrol & Co. Ltd. [1962] 1 WLR 295 en Wigley v. British Vinegars Ltd. [1964] AC 307.

97 Horton v. Caplin Contracts [2003] PIQR 180.

98 Pratley v. Surrey C C [2003] EWCA Civ 1067 [2004] PIQR P252.

mag hij daarbij afgaan op wat zijn werknemer hem eventueel hierover heeft meegedeeld. Indien de werkgever echter wél weet van een speciale eigenschap of kwetsbaarheid van een werknemer, verplicht hem dit om daarmee rekening te houden. Dit geldt ten aanzien van iedere individuele werknemer. Zo moet hij extra (voor-)zorg in acht nemen jegens bijzondere kwetsbare⁹⁹ (bijvoorbeeld eenogige) werknemers of jonge of onervaren werknemers, die per definitie kwetsbaar zijn. Hetzelfde geldt ten aanzien van werknemers die de Engelse taal niet of slechts in beperkte mate machtig zijn.¹⁰⁰ Andersom valt de werkgever niets te verwijten indien hij niet op de hoogte is van een bijzondere zwakheid of vatbaarheid van de werknemer en dat ook niet behoefde te zijn.¹⁰¹

De instructieplicht houdt ook in dat de werkgever zijn personeel moet informeren over niet algemeen bekende risico's in de uitoefening van de werkzaamheden die de gezondheid en/of veiligheid kunnen bedreigen, zodat een voorzichtige en verstandige werknemer vervolgens een afgewogen beslissing kan nemen of hij de werkzaamheden c.q. arbeidsrelatie wil voortzetten of niet. In een zodanig geval hangt de beoordeling van de aansprakelijkheid van de werkgever af van de omstandigheden van het geval en met name van het antwoord op de vragen wat de werkgever behoorde te weten, wat hij aan de werknemer behoorde te vertellen en welke (veiligheids-)maatregelen hij behoorde te nemen.¹⁰² De instructieplicht kan ook van meer concrete aard zijn, zoals een veiligheidstraining of een cursus ergonomisch verantwoord tillen, etc.¹⁰³

De werkgever kan zich in beginsel niet vrijwaren van aansprakelijkheid door zich te beperken tot het geven van instructies om niet op een (specifieke) gevaarlijke wijze te handelen. Markesinis en Deakin menen dat naarmate het risico ernstiger is, de werkgever in meer expliciete en strengere bewoor-

99 Paris v. Stepney Borough Council [1951] AC 367, in het bijzonder het commentaar van Lord Simonds.

100 Vgl. Hawkins v. Ian Ross (Castings) Ltd. [1970] 1 All ER 180, waar de eiser tezamen met een 17-jarige Indiase werknemer gesmolten metaal vervoerde. Tijdens het uitgieten van het metaal verloor de eiser zijn balans en werd ernstig door het metaal verbrand, onder meer doordat zijn partner niet zijn verzoek verstond om het gieten te beëindigen en daar dan ook geen gevolg aan had gegeven.

101 James v. Hepworth & Grandage Ltd. [1968] 1 QB 94, Barber v. Somerset County Council [2004] UKHL 13, Lawtel 1 april 2004.

102 White v. Holbrook Precision Castings [1985] ILRL 215, CA (fibration finger syndrome), Thompson v. Smiths Shiprepairers (North Shields) Ltd. [1984] 1 All ER 881 (gehoorbeschadiging), Wright v. Dunlop Rubber Co. Ltd. (1972) 13 KIR 225 (blaaskanker), McSherry v. British Telecommunications plc. [1992] 3 Med LR 129 (RSI) en Pickford v. Imperial Chemical Industries plc [1998] 3 All ER; All ER 1998, 462 e.v.; House of Lords 23-26 March, 25 June 1998.

103 O'Neill v. DSG Retail [2002] EWCA Civ 1139 31 juli 2002.

dingen jegens de werknemer moet uitdrukken dat bepaalde gevaarlijke handelswijzen niet zijn toegestaan.¹⁰⁴ Als de werkgever hierin tekort schiet, is hij (voor tenminste een deel van) de schade aansprakelijk.¹⁰⁵

Evenmin kan de werkgever volstaan met het enkele geven van waarschuwingen aan het adres van de werknemer. Toch kan de wetenschap van de werknemer aangaande risico's van invloed zijn op het antwoord op de vraag of bij verwezenlijking daarvan de werkgever aansprakelijk is; dit is echter een zeer casuïstische kwestie. In het algemeen zijn de Britse gerechtelijke instanties genegen de werknemer enige juridische bescherming te gunnen, maar ook aanvaarding van proportionele aansprakelijkheid behoort in een dergelijke casus tot de mogelijkheden.¹⁰⁶

Naarmate de werknemer meer bekwaamheid en ervaring heeft, bekend is met de gevaren van de werkzaamheden en kan worden vertrouwd om (in meer of mindere mate) zelfstandig te werken, is eerder aan de instructie- en toezichtplicht van de werkgever voldaan. Of anders gezegd: zijn zorgplicht jegens een dergelijke werknemer is evenredig geringer.¹⁰⁷ Percy en Walton gaan zelfs zover om te stellen dat:

“it is not necessary for an employer to tell an experienced, skilled workman about matters of which he is well aware, or about precautions that ought to be adopted when using plant and appliances, unless there is reason to believe that he will not adopt them or the dangers are insidious. An employer is not obliged to give constant reminders. (...) [T]here will be cases where no instructions or repetition of instructions will be necessary at all. This applies particularly to experienced workmen. (...) [A]n experienced man does not need any warnings or advice about risks, with which he is thoroughly familiar”.¹⁰⁸

In de zaak *General Cleaning Contractors Ltd. v. Christmas*¹⁰⁹ laat Lord Reid zich in vergelijkbare zin uit ten aanzien van het toezicht op het naleven van

104 Dit impliceert dat de werknemer toch nog enige vrije invulling ter vermijding van het betreffende risico rest, zolang hij maar niet op de ‘verboden’ wijze handelt. Vanuit een Nederlands gezichtspunt is deze negatieve formulering opmerkelijk, daar men eerder zou verwachten dat de werkgever de werknemer heel specifiek zou instrueren om, zonder afwijking, op een specifieke wijze de arbeid te vervullen. Tenslotte is de werkgever, niet de werknemer, degene die bij uitstek op de hoogte is of moet worden geacht te zijn van alle veiligheids- en gezondheidsrisico's. Vgl. Markesinis & Deakin 1999, p. 530-531.

105 Vgl. *King v. Smith* [1995] ICR 339.

106 Vgl. *McCafferty v. Metropolitan Police District Receiver* [1977] 1 WLR 1073.

107 *Qualcast (Wolverhampton) Ltd. v. Haynes* [1959] AC 743.

108 *Percy & Walton* 1997, nr.10-40 resp. 10-65 resp. 10-67.

109 *General Cleaning Contractors Ltd. v. Christmas* [1953] AC 180, 194.

(veiligheids- en gezondheids-)instructies en de veiligheid op de werkvloer in het algemeen: “No doubt he cannot be certain that his men will do as they are told when they are working alone. But if he does all that is reasonable to ensure that his safety system is operated he will have done what he is bound to do.”

In hetzelfde jaar werd in een andere zaak een vergelijkbaar commentaar toegevoegd, wat nog steeds de stand van het recht anno 2009 correct weergeeft: “(...) an employer is [not] bound, through his foreman, to stand over workmen of age and experience every moment they are working and every time that they cease work, in order to see that they do what they are supposed to do.”¹¹⁰

Naast dit alles dient de werkgever er op toe te zien dat zijn werknemers zich jegens hun collega's en derden als veilige werknemers gedragen. Indien de werkgever tolereert dat zijn werknemers streken of ‘practical jokes’ met elkaar uithalen, schiet hij tekort in zijn persoonlijke verplichting jegens de werknemer die van zo'n ‘practical joke’ het slachtoffer is geworden. De werkgever moet immers jegens de betreffende werknemer ervoor instaan dat de collega-werknemers zich veilig jegens hem gedragen. In toenemende mate wordt de werkgever in dergelijke omstandigheden ook aansprakelijk geacht op grond van ‘vicarious liability’ om zo het slachtoffer een betere juridische bescherming te kunnen bieden.¹¹¹ Dit gaat echter niet op indien de ‘practical joke’ voorbij een redelijk voorstellingsvermogen gaat van hetgeen waar werknemers jegens elkaar toe in staat zijn, zoals in het geval van twee jonge leerling-werknemers die een derde jonge werknemer in diens rectum ‘insemineerden’ met een pijp met compressielucht.¹¹²

2.3.6 Materiaal

De werkgever behoort uit hoofde van zijn ‘common law’ verplichtingen jegens de werknemer deze veilig en geschikt materiaal (‘adequate plant and appliances’) ter beschikking te stellen wanneer deze nodig zijn voor de vervulling van de werkzaamheden. In de praktijk kan hier, in de woorden van Percy en Walton, “practically anything” onder verstaan worden.¹¹³

¹¹⁰ Woods v. Durable Suites Ltd. [1953] 1 WLR 857, 862.

¹¹¹ Vgl. Hudson v. Ridge Manufacturing Co. Ltd. [1957] 2 QB 348; Coddington v. International Harvester Co. of Great Britain (1969) 6 KIR 146 en Harrison v. Michelin Tyre Co. Ltd. [1985] 1 All ER 918. Vgl. Percy & Walton 1997, nr.10-34/36.

¹¹² Vgl. Smith v. Crossley Bros Ltd. (1951) 95 SJ 655 en General Cleaning Contractors Ltd. v. Christmas [1953] AC 180.

¹¹³ Percy & Walton 1997, nr. 10-38.

Deze zorgplicht heeft echter geen absoluut karakter. Het gebruikte materiaal behoeft niet het meest moderne materiaal of gereedschap te betreffen. De werkgever wordt reeds geacht voldoende ‘reasonable care’ te hebben uitgeoefend als het door hem (of zijn hulppersonen) verstrekte materiaal gebruikelijk is voor het soort arbeid waarvoor het wordt benut. Hij is niet aansprakelijk indien de werknemer niet op een behoorlijke wijze gebruik heeft gemaakt van het hem ter beschikking gestelde materiaal.¹¹⁴

Een aardige illustratie van de reikwijdte van de zorgplicht voor het verstrekken van geschikt materiaal betreft de uitspraak *Fytche v. Wincanton Logistics*, waarin werknemer Fytche het slachtoffer werd van bevroeringsverschijnselen als gevolg van een gaatje in zijn met stalen neuzen beklede schoenen.¹¹⁵ Fytche’s stelling dat de werkgever de Personal Protective Equipment Regulations had geschonden door hem te voorzien van gebrekkig materiaal werd afgewezen omdat de schoenen *bedoeld* waren om zijn voeten te beschermen tegen andere gevaren dan bevroering en in zoverre van geen gebrek was gebleken. Ook zijn argument dat de werkgever dan toch naar common law tekort geschoten was in de zorgplicht voor de gezondheid van de werkgever (‘negligence’) faalde, omdat het gaatje “not reasonably discoverable” was.¹¹⁶

2.4 *De basisverplichtingen van de werkgever uit hoofde van statutory law*

In de onderstaande sub-paragrafen passeren enkele van de meest belangrijke ‘statutory duties’ de revue; volledigheid is hiermee echter niet beoogd.

2.4.1 *Employers’ Liability (Compulsory Insurance) Act 1969*

Zoals de naam al aangeeft, verplicht de Employers’ Liability (Compulsory Insurance) Act 1998¹¹⁷ (EL Act) iedere werkgever die zijn beroep of bedrijf uitoefent in Groot-Brittannië om zich te verzekeren tegen aansprakelijkheid voortvloeiend uit arbeidsongevallen of beroepsziekten van zijn werknemers.¹¹⁸ Dit kan uitsluitend bij een van overheidswege erkende (particuliere) verzekeraar. Schending van deze wet leidt echter slechts tot strafrechtelijke

¹¹⁴ *Parkinson v. Lyle Shipping Co. Ltd.* [1964] 2 Lloyd’s Rep. 79.

¹¹⁵ *Fytche v. Wincanton Logistics* [2003] EWCA Civ 874, [2004] PIQR P10.

¹¹⁶ Wellicht zou het verstandiger zijn geweest om de werkgever aansprakelijk te stellen op grond van de Employers’ Liability (Defective Equipment) Act 1969.

¹¹⁷ Dit is de tweede versie van deze wet; de eerste en gelijknamige dateert van 1969, vgl. Employers’ Liability (Compulsory Insurance) Regulations 1998, IS 1998 nr. 2573. De meeste van de huidige bepalingen zijn van kracht geworden per 1 januari 1999. Een belangrijke aanleiding voor de evaluatie en herziening van de Act was gelegen in een schandaal veroorzakend artikel van Hasson 1974, p. 79 e.v.

¹¹⁸ Enkele publieke lichamen zijn van deze verplichting uitgezonderd en mogen een eigen schadefonds vormen bij wijze van ‘self-insurance’.

aansprakelijkheid en niet tot civielrechtelijke aansprakelijkheid jegens de werknemers.¹¹⁹

Ook in Engeland heeft de afkalving van de sociale zekerheid over de laatste decennia gevolgen gehad die de Nederlandse jurist bekend voor zullen komen: een daling van de uitgekeerde arbeidsgerelateerde sociaalzekerheidsrechtelijke uitkeringen (Industrial Injuries Scheme, IJS) en gelijktijdig een evenredige stijging van het aantal uitbetaalde schadevergoedingen op grond van de Engelse AVB-verzekeringen¹²⁰ ingevolge de EL Act. Waar in 1972 het aantal IJS-uitkeringen nog twee maal zo groot was als het aantal civielrechtelijke uitkeringen op grond van de onderhavige Act, stonden beide bronnen van schadevergoeding qua uitkeringspercentage van de totale schadelast vanwege werkgeversaansprakelijkheid gelijk in 1990. Sindsdien is het aantal uitkeringen op grond van de Industrial Injuries Scheme nog steeds dalende en is een stijgende lijn waar te nemen van de aanspraken en uitkeringen op grond van de EL Act.¹²¹ Op het eerste gezicht wekt dit de indruk dat het aantal ernstige ongevallen is toegenomen. Het lijkt echter meer aannemelijk dat de Engelse werknemer vanwege zijn relatief grotere (inkomens-)schade noodgedwongen vaker moet omzien naar het civiele recht om zijn schade te verhalen. Enige toenemende assertiviteit is vermoedelijk ook niet vreemd aan deze ontwikkeling. Kortom: het belang van deze wet is in de loop der jaren aanzienlijk toegenomen en daarmee ook de wenselijkheid dat het systeem van de wettelijke verzekeringsplicht van de werkgever goed functioneert, temeer daar in de Engelse politieke wandelgangen de algehele afschaffing van de Industrial Injuries Scheme nog slechts een kwestie van tijd lijkt.

Toch laat het functioneren van de EL Act veel te wensen over, zelfs zozeer dat hiervan – met het oog op de eventuele invoering van een wettelijke verzekeringsplicht van de werkgever in Nederland – belangrijke lessen kunnen worden geleerd hoe de inrichting van zo'n verzekeringsplicht níet moet.¹²²

Een eerste probleem betreft de omvang van de verzekerde dekking. De oorspronkelijke EL Act van 1969 kende een minimale verplichte verzekeringsdekking van £ 2 miljoen (ca. € 2,3 miljoen) per schadeveroorzakende

119 De werkgever die, in strijd met zijn wettelijk plicht nalaat om zijn personeel te verzekeren, maakt zich schuldig aan een strafbaar feit. Indien de werkgever echter nalaat om zich te verzekeren en vervolgens failliet gaat, zodat een gelaedeerde werknemer zich niet op de verzekeraar noch op de werkgever kan verhalen, bestaat er geen mogelijkheid om het bestuur van de werkgever civielrechtelijk aansprakelijk te stellen; een dergelijke vordering is niet-ontvankelijk, vgl. *Richardson v. Pitt-Stanley* [1995] ICR 303. Zie *Percy & Walton* 1997, par. 10-06.

120 AVB: Aansprakelijkheidsverzekering voor Bedrijven.

121 Zie voor een uitvoerige en heldere bespreking van deze materie: *Parsons* 1999, p. 109-132.

122 Zie voor een uitvoerige en heldere bespreking van deze materie: *Parsons* 1999, p. 109-132.

gebeurtenis.¹²³ Na de invoering van de Employers' Liability (Compulsory Insurance) Regulations 1998 is echter een minimum ingesteld van £ 5 miljoen (ca. € 7,6 miljoen) voor alle risico's, waarbij een holding bedrijf en alle dochterondernemingen als één werkgever kunnen kwalificeren. Reeds op het eerste gezicht is een bedrag van £ 5 miljoen aan de lage kant, zelfs voor een klein bedrijf: zo kende het House of Lords een schadevergoeding toe van £ 5 miljoen voor één gelaedeerde werknemer.¹²⁴ Men kan zich licht indenken dat deze dekking volkomen ontoereikend kan zijn indien een ramp of een ernstig gebrekkelijk gezondheids- of veiligheidsbeleid van de werkgever zou leiden tot schadeclaims van meerdere werknemers tegelijkertijd, bijvoorbeeld vanwege asbestblootstelling op de werkplek of een omgevallen stelling (denk aan de Amer-centrale). Bovendien is het begrip 'gebeurtenis' heel vaag, zodat het zou kunnen voorkomen dat de eerste slachtoffers van sluipende beroepsziekten of een omvangrijk arbeidsongeval wél een vergoeding krijgen maar latere claimanten vanwege dezelfde schadeveroorzakende gebeurtenis niet, om de simpele reden dat de dekkingsgrens reeds is bereikt.

Een tweede probleem doet zich voor wanneer de werkgever in strijd met zijn wettelijke plicht heeft nagelaten zich (behoorlijk) tegen werkgeversaansprakelijkheid te verzekeren. Hoewel onderbouwende statistische gegevens hiervan moeilijk te achterhalen zijn (in overeenstemming met Nederland), bestaat onder Engelse juridische academici op grond van gepubliceerde jurisprudentie de stellige indruk dat zowel werkgevers met verhoogde risico's in de bedrijfsvoering (zoals asbest) als vele kleine werkgevers omwille van concurrentieoverwegingen deze wet aan hun laars lappen. Deze ontduiking zorgt voor een heel scala van problemen, waarvan steeds de gelaedeerde werknemer (nog eens) het slachtoffer wordt.

De eerder genoemde Regulations beogen te voorkomen dat de werkgever zijn verzekeringsplicht ontduikt door het instellen van een zware boete. Dit wordt door de Engelse wetgever voldoende effectief en repressief geacht, zodat een andere maatregel als bijvoorbeeld een waarborgfonds onnodig en zelfs overbodig zou zijn. Zeker in het geval van slachtoffers van sluipende beroepsziekten die te maken hebben met een onvindbare of reeds opgeheven werkgever biedt een boete het slachtoffer echter geen enkel soelaas. Als de werkgever in kwestie wél achterhaalbaar is maar niet zeer solvabel blijkt te

123 NB: voor dit bedrag en alle hierna volgende bedragen in Engelse ponden wordt uitgegaan van de waarde van een Engels pond op 23 augustus 2009: 1 £ = € 1,52.

124 Page v. Sheerness Steel [1998] 3 All ER waarin een werknemer Page door een ongeval een withete metalen balk door zijn schedel kreeg, die hij vervolgens zelf met blote handen uit zijn hoofd trok.

zijn, kan het incasseren van de boete zelfs de verhaalsmogelijkheden nog verder verminderen.

Ook komt het voor dat werkgevers zich wel verzekeren maar bepaalde risico-verhogende activiteiten voor hun verzekeraar verzwijgen met het oog op de hoogte van de verplichte premie. Indien echter later blijkt dat de werkgever de verzekeraar onjuiste of onvolledige informatie heeft verstrekt over zijn bedrijfsactiviteiten, is de Engelse verzekeraar gerechtigd om te weigeren tot uitkering aan het slachtoffer over te gaan. Wanneer in zo'n geval de (de facto) onverzekerde werkgever ook nog insolvent blijkt te zijn, kan het slachtoffer nergens heen met zijn vordering tot schadevergoeding. Anders dan de Belgische Beroepsziektenwet, die immers ook verplicht tot verzekering en waarbij het Fonds voor de Beroepsziekten als vangnet voor de werknemer fungeert indien de werkgever deze plicht verzaakt, voorziet de EL Act niet in een vangnet voor al deze gevallen.

Een voorbeeld van de schrijnende gevolgen die kunnen voortvloeien uit de afwezigheid van een 'vangnet' wordt geboden door de grote Engelse asbest-producent Turner & Newall (T & N). Deze firma voldeed formeel aan de EL Act door de werkgeversaansprakelijkheid onder te brengen bij een verzekeraar. Gelijktijdig (en heel stil) kwam T & N met dezelfde verzekeraar overeen dat deze nooit asbestgerelateerde claims behoefde uit te keren maar dat T & N hiervoor zorg zou dragen. (De geldigheid van deze overeenkomst is nu het onderwerp van een langdurige rechtszaak.) T & N heeft de aansprakelijkheid voor asbestgerelateerde vorderingen echter altijd consequent afgewezen, waardoor de doodzieke slachtoffers en hun nabestaanden werden gedwongen tot langdurige, kostbare en moeizame gerechtelijke procedures. Onder druk van alle vorderingen heeft T & N in 2005 faillissement aangevraagd. Het gevolg van deze constructie is de door asbestose, longkanker en mesotheliom getroffen werknemers van T & N zowel bij de verzekeraar als bij de eigen werkgever nul op het rekest krijgen.

Een derde probleem betreft de afwezigheid van een centraal register waar de werknemer kan achterhalen bij welke verzekeraar zijn (voormalige) werkgever de wettelijk verplichte verzekering had afgesloten (als dit het geval was). In geval van een onbehulpzame, onvindbare of opgeheven onderneming is het voor de gelaedeerde werknemer heel problematisch om te achterhalen bij welke verzekeraar hij moet aankloppen. Dit geldt met name voor bijvoorbeeld bouwvakkers met asbestziekten, die in hun beroepsverleden bij kleine aannemers hebben gewerkt die nu niet meer bestaan en bij wie dan ook geen informatie over de verzekeraar kan worden achterhaald. Vanwege het snelle overlijden nadat de diagnose eenmaal bekend is geworden, heeft deze groep

überhaupt weinig tijd om onderzoek te doen naar de verzekeraar. Een vrijwillige poging van de Association of British Insurers (ABI) om verzekeringen te traceren heeft weinig succes gehad.

Het zal niet verwonderen dat door Engelse letselschadeadvocaten en vakbonden hard geroepen wordt om een ‘Employers Liability Insurance Bureau’ (ELIB), te vergelijken met het Belgische Fonds voor de Beroepsziekten, wat kan functioneren als een verzekeringsrechtelijk vangnet: een ‘insurance fund of last resort’.¹²⁵ Ook de All-Party Parliamentary Group on Occupational Safety and Health heeft zich hierbij aangesloten. Dit Bureau zou gefinancierd moeten worden door een belasting te heffen op verzekeringen, om daarmee de onverzekerde of niet te achterhalen polissen te kunnen dekken. Er wordt daarbij ook gewezen op het feit dat, vanwege de vrijwel volledige verzekeringsdekking in Engeland, het zo goed als zeker is dat voor een zieke werknemer ooit een verzekering is afgesloten en daarvoor premie aan de verzekeringsindustrie is betaald; en dat het onredelijk voorkomt dat vele duizenden werknemers niet de verzekeringsuitkering krijgen waar zij recht op hebben bij gebrek aan informatie om hun claim te effectueren. Medio 2009 is deze oproep echter nog in het maatschappelijke discussiestadium blijven steken.¹²⁶

Een vierde probleem schuilt in de door de Engelse verzekeraars gehanteerde procedure. Zelfs indien de werknemer de betreffende verzekeraar heeft achterhaald, wat met name voor slachtoffers van sluipende beroepsziekten problematisch lijkt te zijn omdat zij moeten refereren aan (onvindbare) polissen van decennia oud, is hij daarmee nog niet uit de brand. Engelse verzekeraars behoeven namelijk zelfs niet met de gelaedeerde werknemer in discussie te gaan totdat deze genoegzaam de aansprakelijkheid van de verzekerde partij heeft aangetoond, hetzij door een rechterlijk vonnis, een arbitragebesluit of door overeenkomst. Pas als de aansprakelijkheid van de correct verzekerde werkgever concreet vaststaat, mag de gelaedeerde werknemer de gegevens van de verzekeringspolis inzien. Dit kan in de praktijk betekenen dat de werknemer veel tijd en geld kwijt is aan het procederen jegens de werkgever om een erkenning van diens aansprakelijkheid te bereiken, om er vervolgens slechts achter te komen dat diens polis waardeloos is...

Al met al is het zeer bevreemdend dat de Engelse wetgever tot op heden heeft afgezien van een waarborgfonds of enige andere realisatie van een ‘vangnet’-

¹²⁵ Het Engelse advocatenkantoor Thompsons Solicitors, de MP dr. Iddon van het verkiezings-district Bolton South East, de All-Party Parliamentary Group on Occupational Safety and Health, de vakbond TUC en diverse Engelse asbestslachtofferverenigingen nemen hierin het voortouw.

¹²⁶ All-Party Parliamentary Group on Occupational Safety and Health 2008.

functie, gelet op het grote maatschappelijke belang wat dit zou kunnen dienen. Immers, als er grote aanspraken worden gemaakt op het waarborgfonds, dan is daarmee het maatschappelijke bestaansrecht van een dergelijk fonds niet alleen bewezen, maar ook gelijktijdig gerechtvaardigd. Als daarentegen de aanspraken gering blijken te zijn, dan is de belasting van zo'n fonds ook evenredig onbeduidend en vormt dit in zoverre geen bezwaar om omwille van de uitzonderingsgevallen een waarborgfonds in het leven te roepen.

Ook voor Nederlandse slachtoffers van arbeidsgelateerd letsel kunnen een centraal register van verzekeringspolissen en een 'insurance fund of last resort' van veel praktische betekenis zijn. Het niet kunnen achterhalen van een AVB-verzekeraar is immers ook hier geen onbekend probleem.

2.4.2 *Health and Safety at Work Act 1974*

De Health and Safety at Work Act 1974 (HSWA) is tot stand gekomen naar aanleiding van het reeds eerder aangehaalde rapport van Lord Robens, waarin hij concludeerde dat de wetgeving betreffende de gezondheid en veiligheid van de werknemer slecht was gestructureerd, vooral als gevolg van de zeer gefragmenteerde 'ad hoc' ontstaansgeschiedenis daarvan. De Engelse wetgever heeft beoogd met de invoering van de HSWA dit probleem te verhelpen en gelijktijdig een zelfregulerende industrie te creëren of, om de term van Lord Robens te gebruiken, een "joint venture" tussen alle betrokken partijen.

De HSWA is een zeer omvangrijke en gedetailleerde wet die inhoudelijk kan worden vergeleken met de Nederlandse Arbeidsomstandighedenwet en de daarop gebaseerde regelgeving. Zij plaatst de zorgplicht voor de veiligheid op de werkplek op de schouders van verschillende personen, zoals werkgevers, werknemers, leveranciers, producenten en vakbonden, vanuit de gedachte dat een optimaal resultaat van deze zorgplicht kan worden bereikt door daarin zoveel mogelijk partijen te betrekken. Niettemin zijn het, niet verwonderlijk, de schouders van de werkgever die toch de zwaarste zorg dragen voor het welzijn van de werknemers, zoals blijkt uit s. 2 (1), waarin de essentie van de wet kan worden gevonden: "It shall be the duty of every employer to ensure, so far as is reasonably practicable, the health, safety and welfare at work of all his employees."

De wettelijke verplichtingen die voortvloeien uit de HSWA worden vaak gekwalificeerd door termen als 'so far as practicable'¹²⁷ of 'so far as reasonably practicable'¹²⁸. Het eerste begrip moet worden gezien in het licht van hetgeen naar hedendaagse wetenschap mogelijk is, een vergaand begrip derhalve. Zo

¹²⁷ Vgl. Factories Act 1961 s 4 (1).

¹²⁸ Vgl. Factories Act 1961 s 29.

kan toch ‘practicable’ zijn wat, vanuit een louter praktisch oogpunt, dat wellicht niet is.¹²⁹ Het tweede begrip wordt geacht enger in betekenis te zijn in zoverre dat een afweging moet worden gemaakt tussen (de aard en ernst van) het risico enerzijds en de kosten en moeite om de verwezenlijking hiervan te voorkomen anderzijds. Als kan worden aangetoond dat er een significante disproportie bestaat tussen beiden, althans dat het risico zeer gering is in verhouding tot de noodzakelijke kosten, dan is daarmee de aansprakelijkheid van de werkgever ten aanzien van een verwezenlijkt risico afgewend. De bewijslast of een zekere maatregel al dan niet in redelijkheid kan worden gevergd, rust op de werkgever.¹³⁰ (Het is echter jammer dat er geen ‘vaste’ definitie of uitleg bestaat van deze veel voorkomende termen, zodat in ieder geval steeds de relevante wettelijke bepaling opnieuw moet worden geïnterpreteerd.¹³¹)

De werknemer behoeft niet de schuld van de werkgever aan te tonen, slechts de inbreuk op een specifieke regel van de HSWA en het causaal verband tussen deze inbreuk en zijn schade. Indien de werkgever er niet in slaagt om dit gemotiveerd te weerleggen, is aansprakelijkheid jegens de werknemer gegeven. In zoverre kan, in tegenstelling tot de common law waarbij de werknemer de schuld van de werkgever moet aantonen, van risicoaansprakelijkheid worden gesproken.

2.4.3 *Employers’ Liability (Defective Equipment) Act 1969*

Artikel 1 van de wet stelt de werkgever risicoaansprakelijk voor letsel van de werknemer dat is ontstaan als gevolg van gebrekkig (‘defect’) materiaal dat door de werkgever ter beschikking is gesteld ten behoeve van de uitvoering van de werkzaamheden en voor dat doel ook door de werknemer is gebruikt. De risicoaansprakelijkheid van de werkgever gaat echter nog niet zo ver dat hij ook aansprakelijk is voor letsel veroorzaakt door materiaal wat naar zijn aard niet geschikt is en derhalve ook niet *bedoeld* kan zijn om de werkzaamheden in kwestie uit te voeren.

Niet relevant is, aan wiens schuld het gebrek te wijten is (bijvoorbeeld een derde of een hulppersoon).

129 Vgl. *Marshall v. Gotham Ltd.* [1954] AC 360 at 372-373, [1954] 1 All ER 937, *Adsett v. K and L Steelfounders and Engineers Ltd.* [1953] 1 All ER 97n at 98, [1953] 1 WLR 137 en *Moorcroft v. Thomas and Sons Ltd.* [1962] 3 All ER 741, [1962] 1 WLR 1447, DC.

130 Vgl. *Nimmo v. Alexander Cowan and Sons Ltd.* [1968] AC 107, *Bowes v. Sedgefield District Council* [1981] ICR 234, *CA en Lerner v. British Steel plc.* [1993] 4 All ER [1993] ICR 551, CA.

131 In de woorden van *Markesinis & Deakin* 1999, p. 531: “Since everything ultimately depends on the construction of wording of the relevant statute it is to be regretted that the relevant language appears often to have been chosen haphazardly.”

Het begrip ‘defect’ wordt sinds jaar en dag gedefinieerd als “a lack or absence of something essential to completeness”.¹³²

3 Sociale zekerheid

3.1 *Social Security Contributions and Benefits Act 1992*

Vrijwel alle sociaalzekerheidsrechtelijke bepalingen en uitkeringen ten aanzien van arbeidsongevallen en beroepsziekten zijn geregeld in één grote mammoetwet: de Social Security Contributions and Benefits Act 1992 (SSCBA). Hierin zijn bijvoorbeeld het Industrial Injuries Scheme, de Employers’ Liability Act, de Statutory Sick Pay Act 1994 en de Social Security (Incapacity for Work) Act 1994 opgenomen. Anders dan het jaartal 1992 in de titel doet veronderstellen, is de SSCBA een wet die voortdurend met aanpassingen en aanvullingen up-to-date wordt gebracht. De Engelse wetgever lijkt dit onderwerp weinig rust te gunnen.¹³³ Door het veelvuldig toegeven aan belangengroeperingen en de steeds wisselende politieke achterban kan van een vaste lijn in het Engelse sociaalzekerheidsrecht nauwelijks worden gesproken – of het zou een steeds verdergaande verschraling van de sociale zekerheid moeten betreffen, die dikwijls wordt verhuld onder een mantel van ‘verbeterde efficiëntie’ of ‘modernisering’ maar waarbij zelden voor het werkelijke streven – bezuiniging – wordt uitgekomen.¹³⁴

In de onderstaande tekst zal ik de meest belangrijke aspecten van deze wet kort toelichten.¹³⁵

3.1.1 *Industrial Injury Scheme*

Het Industrial Injury Scheme (IIS) is opgenomen als Part V van de SSCBA en bestaat uit twee delen die ten aanzien van vele inhoudelijke aspecten met elkaar overeen komen: de uitkering voor arbeidsongevallen (Industrial Injuries Disablement Benefit (accidents); IIB) en de uitkering voor beroepsziekten (Industrial Injuries Disablement Benefit (diseases and deafness); IIDB). De huidige tekst vindt zijn oorsprong in de Workmen’s Compensation Act 1897,

¹³² Tate v. Latham & Son [1897] 1 QB 502.

¹³³ Zo werd de sociale zekerheid al in 1978 omschreven als “a ratbag of provisions based on differing, sometimes conflicting and anachronistic principles”, vgl. Simkins & Tickner 1978, p. 17.

¹³⁴ Dilnot, Kay & Morris 1991, p. 116: “This dreadful mess is a tribute to the havoc which politicians’ over-zealous response to interest group pressures can create.”

¹³⁵ Een nuttige en officiële website over het Engelse sociaalzekerheidsrecht is die van het Department of Work & Pensions: www.dwp.gov.uk.

waarin de wetgever een nieuw principe introduceerde: compensatie voor een arbeidsongeval zonder dat sprake hoeft te zijn van schuld ('fault'). De belangrijkste uitkering waarop middels het IIS aanspraak kan worden gemaakt, de disablement benefit, heeft ook oude wortels: deze is te herleiden tot de in 1917 toegekende pensioenen voor militaire veteranen van de Eerste Wereldoorlog.

Iedere werknemer valt vanaf de eerste dag dat hij werkzaamheden verricht binnen de beschermingssfeer van het IIS. De financiering en uitvoering van het IIS wordt geheel verzorgd door de Engelse overheid sinds 1964.¹³⁶

Zowel de IIB-uitkering als de IIDB-uitkering biedt werknemers een wekelijks, potentieel levenslang, belastingvrij en geïndexeerde compensatie indien zij aantoonbaar het slachtoffer zijn geworden van een arbeidsongeval of een erkende beroepsziekte¹³⁷ in en tijdens de uitoefening van hun werkzaamheden en daarvan blijvend tenminste 14% functieverlies hebben overgehouden. Het enige wat van de werknemer wordt gevergd, is dat hij zich onderwerpt aan een medisch onderzoek door een door de overheid daartoe aangestelde arts en aannemelijk maakt ('on the balance of probabilities') dat zijn functieverlies het gevolg is van een arbeidsongeval of een erkende beroepsziekte.

De mate van schuld, hetzij aan de kant van de werknemer, hetzij aan de zijde van de werkgever, is ten aanzien van beide uitkeringen irrelevant. Zelfs de grootste roekeloosheid kan de werknemer zijn recht op disablement niet ontnemen, mits hij een functieverlies van tenminste 14% heeft én mits die schade is geleden in en tijdens de uitoefening van de werkzaamheden.¹³⁸ Dit ligt echter anders indien hij door zijn eigen gedragingen een risico heeft geïntroduceerd die niets met de aard van de werkzaamheden te maken heeft oftewel, in de termen van de wet "(...) induce (...) or contribute by his conduct (...) or by any act not incidental to the employment."¹³⁹ In zodanige omstandigheden vervalt zijn recht op een IIS-uitkering. Hierbij kan bijvoorbeeld worden gedacht aan een ongeval als gevolg van drugsgebruik.

De omvang van beide uitkeringen is gerelateerd aan een door medische deskundigen vast te stellen percentage van *functieverlies*, hetgeen nadrukkelijk niet moet worden verward met arbeidsongeschiktheid of inkomensverlies.¹⁴⁰ Zo kan een timmerman die tijdens het zagen van een plank per ongeluk zijn rechterpink heeft 'meegenomen' recht hebben op een disablement benefit

¹³⁶ National Insurance (Industrial Injuries) Act 1946.

¹³⁷ S. 108-110 SSCBA 1992.

¹³⁸ Vgl. Jones 2000, p. 462; zie ook p. 473-474.

¹³⁹ S. 101 (c) SSCBA 1992.

¹⁴⁰ Zie Schedule 4, Part V, overzicht 'degree of disablement', SSCBA 1992.

voor de rest van zijn leven, hoewel hij door deze amputatie feitelijk niet minder arbeidsgeschikt is geworden. ‘Pleistergevallen’ zijn echter uitgesloten van een disablement benefit door de bepaling dat het functieverlies tenminste 14% moet bedragen.¹⁴¹ Om een indicatie te bieden van de hoogte van zowel de IIB- als de IIDB-uitkering voor een volwassen werknemer: een werknemer met 20% functieverlies heeft recht op £ 25,42 (€ 29,28) per week en met 100% functieverlies £ 127,10 (€ 146,42) per week, beide bedragen per 1 juli 2009.¹⁴²

Het recht op de IIB-uitkering begint echter niet eerder dan 90 dagen nadat het functieverlies is ontstaan (en ook na deze 90 dagen nog blijft bestaan, uiteraard).¹⁴³

Wie recht heeft op een IIS-uitkering mag, afhankelijk van de omstandigheden van het geval, ook aanspraak maken op diverse aanvullende uitkeringen.

Waar de IIB-uitkering uitsluitend is gericht op de slachtoffers van arbeidsongevallen, is de IIDB-uitkering specifiek van toepassing op werknemers die ziek of (in enige mate) doof zijn geworden als gevolg van de uitvoering van hun werkzaamheden.¹⁴⁴ Niet iedere ziekte komt hiervoor echter in aanmerking, integendeel. De werknemer moet hiervoor aan twee eisen voldoen: zijn ziekte moet voorkomen op de IIDB-beroepsziektenlijst én hij moet ‘on the balance of probabilities’ aannemelijk maken dat zijn ziekte het gevolg is van de uitoefening van zijn werkzaamheden. Dit laatste wordt slechts onder specifieke voorwaarden aanvaard; zo wordt bijvoorbeeld het bestaan van een arbeidsgerelateerde oorzaak geaccepteerd indien de werknemer binnen de tien jaar voorafgaand aan zijn claim in de uitvoering van zijn werkzaamheden aantoonbaar is blootgesteld aan een stof die astma kan veroorzaken en geldt in vergelijkbare zin voor chronische bronchitis en emfyseem dat de werknemer tenminste twintig jaar ondergronds in een mijn moet hebben gewerkt. Voor doofheid geldt dat de werknemer moet aantonen dat hij tenminste tien jaar heeft gewerkt in beroepen die bekend staan om een verhoogde kans op doofheid.

De lijst van erkende beroepsziekten (‘prescribed diseases’) wordt aangepast door de Secretary of State for Employment and Pensions indien de stand van medische kennis en wetenschap naar zijn mening aanleiding daartoe geeft. Dit is het geval indien hij genoegzaam is overtuigd van een duidelijk causaal risico tussen een beroep en een bepaalde ziekte. Praktisch komt dit erop neer

¹⁴¹ S. 103 (1) SSCBA 1992. Voor drie beroepsziekten wordt hiervoor echter een uitzondering gemaakt: byssinose, diffuse mesothelioom en pneumoconiose, vgl. s. 110 SSCBA 1992.

¹⁴² Zie voor actuele bedragen www.jobcentreplus.gov.uk.

¹⁴³ S. 103 (6) SSCBA 1992.

¹⁴⁴ S. 108-110 SSCBA 1992.

dat de kans om de ziekte in kwestie te krijgen minstens twee maal groter moet zijn op de werkvloer dan in het privéleven.¹⁴⁵ De Engelse overheid streeft ernaar om een zo groot mogelijke overeenstemming te bereiken tussen ‘haar’ lijst en de erkende beroepsziektenlijst van de Europese Commissie.¹⁴⁶

In de praktijk is het niet altijd makkelijk voor de werknemer om een IIDB-uitkering te krijgen, zelfs wanneer hij kan aantonen dat zijn ziekte op de lijst van door het IIS erkende beroepsziekten voorkomt én er een duidelijke causale relatie bestaat tussen de ziekte en zijn werk. De zeer terughoudende en enge interpretatie van deze lijst door het IIS leidt namelijk soms tot afwijzingen van de IIDB-aanvraag die onredelijk overkomen.¹⁴⁷ Zo meende een boomchirurg aanspraak te kunnen maken op een disablement benefit wegens Vibration White Finger (VWF), wat was ontstaan als gevolg van het veelvuldig en langdurig gebruik van een kettingzaag. Zijn claim faalde echter, omdat de voorwaarden met betrekking tot VWF slechts betrekking hadden op het werk met een kettingzaag in de *bosbouw* – en de boomchirurg slaagde er niet in om te bewijzen dat hij in de bosbouw werkte.¹⁴⁸ Een andere werknemer stelde dat hij recht had op een IIDB-uitkering vanwege zijn beroepsmatige astma. Zijn claim faalde omdat de oorsprong van zijn benauwdheid gelegen was in de blootstelling aan papierstof en niet de in de erkende beroepsziektenlijst opgenomen *houtstof*.¹⁴⁹

Synergetische werking tussen blootstelling aan een gevaarlijke stof op de werkvloer (bijvoorbeeld asbest) en een niet-arbeidsgerelateerde stof (tabak) doet niet af aan het recht op de IIDB-uitkering, mits aan alle voorwaarden is voldaan. De omstandigheid dat factoren in het privéleven mogelijk eveneens de oorzaak *kunnen* zijn van het ontstaan van de ziekte of de kans op de verwezenlijking daarvan aanmerkelijk hebben verhoogd, is niet relevant.

Een bezwaar van het IIS-systeem is dat er geen uitkering plaatsvindt voor gevallen van ‘individual proof’, dat wil zeggen waar functieverlies weliswaar duidelijk het gevolg is van de werkzaamheden en arbeidsomstandigheden, maar niet binnen de heersende opvatting van ‘arbeidsongeval’¹⁵⁰ valt en evenmin een erkende beroepsziekte is die op de IIDB-lijst voorkomt. Dit is

¹⁴⁵ IIAC 1993, p. 23.

¹⁴⁶ IIAC 1995a, par. 5.

¹⁴⁷ Vgl. Wikeley 1993, p. 190.

¹⁴⁸ Court of Appeal, Secretary of State for Social Security v. Davis, 12 januari 2001, BLD 1601044.

¹⁴⁹ Dit voorbeeld is ontleend aan het vonnis van de Commissioner inzake CI/6819/95; vgl. Jones 2000, p. 480.

¹⁵⁰ Het IIS kent überhaupt geen definitie voor ‘arbeidsongeval’, zodat de huidige interpretatie daarvan is gebaseerd op decennia van jurisprudentie. Vgl. bijvoorbeeld de definitie van

geenszins een theoretische kwestie maar één die vele werknemers treft die het slachtoffer zijn geworden van een geleidelijk proces wat tot functieverlies leidt. Een typische voorbeeld hiervan is de werknemer die burn out-syndroom heeft als gevolg van hoge werkdruk of chronisch overwerk.¹⁵¹ Ook de werknemer die een chronische ontsteking van de rechterwijsvinger of duim heeft als gevolg van het gedurende de gehele werkdag moeten vasthouden en positioneren van een tang of schaar zit in dit parket.¹⁵² Beide werknemers vallen buiten de strikt geïnterpreteerde regels van het IIS en daarmee ook buiten de spreekwoordelijke boot.¹⁵³

In 1995 heeft het Industrial Injuries Advisory Council¹⁵⁴ diverse remedies gesuggereerd om dit gat te dichten. Zo is geadviseerd om een wettelijke definitie van ‘arbeidsongeval’ te maken die onder meer procesmatig veroorzaakt letsel zou omvatten of om af te zien van het vereiste van een noodzakelijk ‘ongeval’. De derde en meest interessante suggestie is om, overeenkomstig de adviezen van de Europese Commissie¹⁵⁵, een apart systeem (‘individual proof system’) op te zetten voor werknemers met dergelijke ‘tussen wal en schip’ arbeidsgerelateerde schade, waarbij zij volgens het civiele aansprakelijkheidsrecht (eventueel met verlichting van bewijslast) mogen aantonen dat hun schade beroepsgereleerd is om in aanmerking te komen voor een uitkering. Tot op heden (juli 2009) heeft de Engelse overheid hieraan nog geen gevolg gegeven.

3.1.2 *Statutory Sick Pay*

Indien een werknemer tenminste vier dagen achtereen arbeidsongeschiedt is geweest, kan hij aanspraak maken op ziekengeld (‘statutory sick pay benefit’) ter waarde van £ 79,15 (€ 91,18) per week per 1 juli 2009.¹⁵⁶ Deze uitkering is ‘flat rate’ wat betekent dat zij in vergaande mate onafhankelijk is van het salarisniveau van de werknemer.¹⁵⁷ Om in aanmerking te komen voor deze uitkering dient de werknemer voorts ouder te zijn dan 16 jaar (maar minder dan 65 jaar) en tenminste £ 95 (€ 109,44) per week bruto te verdienen; vanaf

Lord MacNaghten van een arbeidsongeval in *Fenton v. Thorley* [1903] AC 442 (at 448): “an unlooked-for mishap or an untoward event which is not expected or designed”.

151 *Roberts v. Dorothea Slate Quarries Co.* [1948] 2 All ER 201 en *Oakley v. Chief Adjudication Officer* (1997) 6 maart, niet gepubliceerd maar vermeld door Jones 2000, p. 475.

152 Voorbeeld ontleend aan de casus van Social Security Commisioner in besluit CWI 29/74 en door de voorzitter van de IIAC gebruikt, zie IIAC 1995b, p. 2.

153 Vgl. Kloss 2005, p. 202.

154 IIAC1995b.

155 Aanbeveling 90/326/EEC, 22 mei 1990 en COM (96) 454 per 20 september 1996.

156 S. 151 SSCBA 1992.

157 S. 157 (1)(a) SSCBA 1992.

dit bedrag is de werknemer namelijk verplicht om sociaalzekerheidsrechtelijke bijdragen te betalen.¹⁵⁸

De uitkering wordt verstrekt door de werkgever; de eerste drie wachtdagen gelden echter als wachtdagen en komen voor rekening van de werknemer.¹⁵⁹ Deze last werd door de wetgever beoogd als een aanmoediging voor de Engelse werkgevers tot het voeren van een preventief beleid, maar lijkt, gezien het geringe niveau van de uitkering, veeleer een waarschuwing voor de werknemer om vooral niet ziek te worden.¹⁶⁰ Gelukkig hanteren vele werkgevers, met name de grotere werkgevers, een aanvullende regeling ('occupational sick pay scheme').¹⁶¹

De termijn van de ziekengelduitkering bedraagt 28 weken. Gedurende de eerste zeven dagen mag de werknemer zichzelf arbeidsongeschikt voor zijn eigen, normale werkzaamheden verklaren door middel van een 'self certificate'.¹⁶² Hierna heeft hij echter een doktersverklaring van de 'Examining Officers' van het 'Benefits Agency Medical Service' nodig, die met de 'own occupation test' zullen beoordelen of hij (niet) in staat is om zijn eigen werkzaamheden uit te voeren. Deze test onderzoekt of de werknemer "is incapable by reason of some specific disease or bodily or mental disablement of doing work which he could reasonably be expected to do in the course of the occupation in which he was so engaged".¹⁶³ De arbeidsongeschiktheid is een kwestie van vergelijking met de capaciteiten van een 'normale' persoon, het vereiste van een 'specifieke' ziekte wordt uitgelegd als een door de medische wetenschap erkende en benoemde ziekte.¹⁶⁴

3.1.3 *Incapacity benefit*

Deze uitkering kan in drie categorieën worden verdeeld: 'short-term at the lower rate' (IBST(L)), 'short-term at the higher rate' (IBST(H)) en 'long-term basic rate' (IBLT(B)).¹⁶⁵ De 'short-term incapacity benefit' wordt gedurende 28 weken uitgekeerd aan werknemers die tenminste vier dagen achtereen arbeidsongeschikt zijn geweest voor het uitvoeren van hun eigen werkzaam-

158 De officiële term hiervoor is 'Lower Earnings Limit for National Insurance Contributions'.

159 S. 155 SSCBA 1992.

160 Wie alleen een ziekengelduitkering ('statutory sick pay') ontvangt, kan mogelijk in aanmerking komen voor 'income support benefit' op grond van Part VIII ('Income-related benefit') SSCBA 1992, vgl. s. 124.

161 Middleton 1994, p. 3: van de bedrijven met minder dan 11 werknemers in dienst heeft 43% een occupational sick pay scheme.

162 SI 1982/699.

163 S. 171B(2) SSCBA 1992.

164 Vgl. CS 221/49 en R(I) 8/81. Zie ook Wikeley & Ogus 2002, p. 531-534.

165 Actuele details kunnen worden gevonden op de website www.direct.gov.uk.

heden maar (desondanks) niet in aanmerking komen voor ziekgeld ('statutory sick pay'), bijvoorbeeld omdat zij niet het vereiste minimumbedrag van £ 95 (€ 109,44) bruto per week verdienen wat geldt als minimuminkomen voor het betalen van sociaalzekerheidsrechtelijke contributies. Voor werknemers die wél ziekgeld hebben ontvangen, heeft de 'short-term incapacity benefit' geen praktische betekenis. De waarde van de 'short-term incapacity benefit' bedraagt £ 67,75 (€ 78,05) per week vanaf 1 juli 2009.

De werknemer die na 28 weken nog niet hersteld is, wordt zich door middel van het 'Personal Capability Assessment'-onderzoek¹⁶⁶ getest op zijn (resterende) arbeidscapaciteiten. Indien dit leidt tot de conclusie dat hij nog steeds arbeidsongeschikt is, heeft hij recht op de 'short-term incapacity benefit at the higher rate'. Deze bedraagt per 1 juli 2009 £ 80,15 (€ 92,33) per week. Anders dan bij het ziekgeld ('statutory sick pay') biedt deze uitkering het voordeel van mogelijke aanvullende uitkeringen in overeenstemming met de (gezins-)omstandigheden van de werknemer.¹⁶⁷ Werknemers die terminaal ziek zijn of een zeer hoog niveau van verzorging nodig hebben (en daarvoor de hoogste norm van de disability allowance ontvangen), mogen na de eerste 28 weken arbeidsongeschiktheid direct overstappen naar de long-term incapacity benefit.¹⁶⁸

Na verloop van 52 weken vanaf de eerste arbeidsongeschiktheidsdag schakelt de werknemer over naar de 'long-term incapacity benefit', hetgeen hij in beginsel kan ontvangen totdat hij met pensioen gaat. Deze uitkering bedraagt £ 89,80 (€ 103,45) per week 1 juli 2009.

Het is opmerkelijk dat er géén gedeeltelijke 'incapacity benefit' bestaat voor werknemers die slechts gedeeltelijk arbeidsongeschikt zijn. Deze benadering gaat uit van het standpunt dat de werknemer óf in staat is om te werken óf niet, zonder enige gradatie daartussen. Rowlingson en Berthoud verklaren dit zo: "You are either really, really deserving and half dead, and then you will be pitied and you will get [benefits], or you are treated as if there is nothing really wrong with you, and you should get off your backside (...)." ¹⁶⁹

166 Deze test, geïntroduceerd door de Welfare Reform and Pensions Act 1999, heeft per april 2002 de 'all work test' vervangen.

167 S. 80 en 86A SSCBA 1992.

168 S. 72; zie ook S. 30b jo. S. 66(1) en (2)(a) SSCBA 1992. Een persoon is terminaal ziek wanneer zijn overlijden als gevolg van een progressieve ziekte in redelijkheid binnen zes maanden mag worden verwacht.

169 Rowlingson & Berthoud 1996, p. 23.

Ook in Engeland wordt in de laatste jaren meer door middel van de ‘Pathways to Work’ campagne de nadruk gelegd op wat een gedeeltelijk arbeidsongeschikte werknemer nog wél in zijn mars heeft, in plaats van wat hij niet meer kan (‘sickness culture’). Ter aanmoediging om de resterende arbeidscapaciteit te benutten, ontvangt de werknemer een belastingvrije uitkering van £ 40 (€ 46,08) per week gedurende maximaal 52 weken als hij er in slaagt om voor tenminste 16 uur per week een baan te vinden.

3.2 *Particuliere aanvulling op de sociale zekerheid*

Ziekte brengt voor de Engelse werknemer ernstige financiële schade met zich: de eerste drie dagen van arbeidsongeschiktheid heeft hij geen enkel wettelijk recht op loon, terwijl de hoogte van het daaropvolgende ziekingeld (statutory sick pay) c.q. incapacity benefit geenszins het normale salarisniveau benadert. Dit is voor zeer vele werknemers, vooral van kleinere werkgevers, de barre realiteit. Het ligt dan ook voor de hand dat zij belang hebben bij een aanvullende vorm van inkomensbescherming.

Enigszins verrassend is de invloed van Engelse CAO's (die überhaupt al schaars zijn) op dit punt van verwaarloosbare betekenis. Een typische Engelse CAO zal bijvoorbeeld wel melding maken van intenties ten aanzien van een terugdringing van arbeidsongevallen of agressie op de werkvloer maar iedere vorm van inkomensbescherming voor de gelaedeerde werknemer volstrekt buiten beschouwing laten.¹⁷⁰ De hedendaagse Engelse opvatting is dat enig geschil op dit vlak tussen de werkgever en de werknemer een geheel persoonlijke kwestie is welke zij maar het beste in een onderlinge regeling of desnoods voor de rechter uitvechten. Uit vele interviews blijkt dat vele werkgevers, met name de ‘kleinere’ en de ‘middenmoot’, heel stellig van mening zijn dat de werknemer hierin op zichzelf is aangewezen en dat zij hier volstrekt geen verantwoordelijkheid van welke aard dan ook dragen.¹⁷¹ Een werkgever in de metaalindustrie maakte terzake een zozeer representatieve opmerking voor al de voorgaande werkgevers in deze sector die ik over deze kwestie had gesproken, dat ik hem graag citeer: “What would they have me do? It's a competitive market out there. Good luck to 'em.”

¹⁷⁰ Een zeer zeldzame uitzondering wellicht daargelaten; hiervan is mij geen bekend. Enige decennia geleden bevatten de Engelse CAO's nog wel inkomensbeschermende regelingen, maar de Engelse vakbonden hebben sindsdien veel terrein en invloed verloren, wat zich tegenwoordig vertaalt in de maatschappelijke betekenis van CAO's. Anders dan in Nederland is het bovendien heel uitzonderlijk dat een Engelse CAO algemeen verbindend wordt verklaard.

¹⁷¹ Dit zijn ca. 25 telefonische interviews tussen de auteur en werkgevers in een ruime diversiteit van bedrijfstakken, zoals de gezondheidszorg, de bouw, de metaalindustrie, de advocatuur, etc.

In de praktijk worden twee methoden gehanteerd om de financiële consequenties van het Engelse socialezekerheidsstelsel op te vangen: een vrijwillige aanvulling op de sociale zekerheid door de werkgever en een gezondheidsverzekering.

De eerste methode wordt door iets minder dan de helft (43%) van de werkgevers (hoofdzakelijk de relatief 'grote' werkgevers) gehanteerd. Zij bieden geheel onverplicht en geheel naar eigen inzichten bij arbeidsongeschiktheid een aanvullende inkomensdekking op de sociale zekerheid door middel van een 'occupational sick pay scheme'.¹⁷² Deze kan zowel de hoogte als de duur van de inkomensdekking betreffen. De werknemers van de overige werkgevers (57%) krijgen in geval van arbeidsongeschiktheid dus niets bovenop de zeer karige statutory sick pay c.q. incapacity benefit. Naarmate de werkgever echter 'groter' is, neemt de kans op de aanwezigheid van een 'occupational sick pay scheme' binnen een onderneming toe.¹⁷³

Iedere werkgever is geheel vrij om aan de hand van door hemzelf vastgestelde richtlijnen, maatstaven en prioriteiten te bepalen hoe zijn inkomensaanvullingsregeling eruit zal zien – of daarvan af te zien. Deze regelingen worden, een hoge uitzondering daargelaten, niet per CAO geregeld en zijn zelfs in beginsel een kwestie tussen de werkgever en iedere individuele werknemer. Hierdoor zijn zij moeilijk toegankelijk voor wie geen werknemer is. Daar komt bij dat vrijwel zonder uitzondering Engelse werkgevers niet bereid zijn om een derde inzage te geven in de door hen gehanteerde sick pay schemes, zonder dat eerst een zéér duidelijke verstandhouding over de kwestie van vertrouwelijkheid is bereikt; en zelfs dan mag doorgaans niet de naam van de betrokken firma worden genoemd.

Toch kan worden gesproken van enige algemene kenmerken. Zo is het gebruikelijk dat het contractuele recht op aanvulling van de statutory sick pay ontstaat vanaf de eerste dag van de arbeidsovereenkomst, hoewel de generositeit hiervan dikwijls afhangt van de lengte van het arbeidsverleden; zo zal een werknemer die al drie jaar bij de werkgever in dienst is, dikwijls een hogere aanvulling ontvangen dan een werknemer die slechts zes maanden in dienst is. Doorgaans is de maximale aanvulling na vijf jaren dienstbetrekking bereikt.¹⁷⁴ Ook wordt in vrijwel alle gevallen waar sprake is van een occupational sickness pay scheme in geval van kortdurende arbeidsongeschiktheid de statutory sick pay gedurende enige tijd aangevuld tot het normale loon

¹⁷² Middleton 1994, p. 3.

¹⁷³ Harris 2000, p. 367.

¹⁷⁴ IDS 2001, p. 2.

(hoe dat ook wordt gedefinieerd, hetgeen opnieuw volledig afhankelijk is van de werkgever in kwestie). Hierna volgt doorgaans een gelijke periode waarin slechts een half salaris wordt verstrekt, waarbij het opnieuw geheel van de individuele werkgever afhangt of dit een aanvulling is op de sociaalzekerheidsrechtelijke uitkeringen of niet. Dikwijls wordt echter gestipuleerd dat de combinatie van sociaalzekerheidsrechtelijke uitkeringen en loonuitkeringen niet het normale salarisniveau mag overstijgen.

In toenemende mate wordt de occupational sick pay scheme binnen bedrijven geharmoniseerd, zodat het zonder onderscheid voor alle werknemers van een onderneming geldt. Maar ongeveer één op de drie werkgevers die een occupational sick pay scheme hanteert, past in feite twee en soms zelfs drie verschillende regelingen toe, zoals bijvoorbeeld één voor stafleden en één voor het kader, of maakt onderscheid tussen vaste werknemers en tijdelijke krachten.¹⁷⁵

Hoe uiterst individueel zo'n occupational injury scheme kan zijn, blijkt wel uit de mogelijkheid die sommige bedrijven in hun eigen regeling inbouwen door de hoogte van de aanvullende loondoorbetaling te relateren aan de mate van ziekteverzuim in het voorgaande jaar: bijvoorbeeld 100% loondoorbetaling indien het ziekteverzuim binnen een bedrijfsafdeling minder dan 4% is geweest, maar (aanzienlijk) minder indien het ziekteverzuim hoger was.¹⁷⁶

Het unieke karakter van ieder regeling blijkt ook uit de uitsluitingsgronden: de meeste werkgevers vereisen enig bewijs van de werknemer dat hij werkelijk te ziek is om te werken. Wie hieraan niet kan voldoen of medewerking hieraan weigert (bijvoorbeeld middels een medisch onderzoek door de bedrijfsarts), wordt van de occupational sick pay scheme uitgesloten. Frequente afwezigheid of late aankomst op de werkplek wordt ook wel op deze wijze bestraft. Dezelfde tactiek wordt door sommige werkgevers gehanteerd om hun werknemers te ontmoedigen aan gevaarlijke sporten, activiteiten of evenementen deel te nemen, al dan niet gespecificeerd of slechts benoemd onder het algemene kader 'professional sport', 'sport injury', 'competitive sports' of zelfs het zeer vage 'undue risk'.

Dikwijls bevat de occupational sick pay scheme een clause volgens welke een vertegenwoordiger van de werkgever (zoals de afdelingschef) bevoegd is om, hetzij naar eigen discretionair inzicht, hetzij volgens vage normen, de bepalingen van de occupational sick pay scheme aan te vullen of te verlengen.

175 IDS 2001, p. 1-2 en 6.

176 IDS 2001, p. 2.

Vermoedelijk spelen de kans op (spoedig) herstel, de kwaliteiten van de werknemer in kwestie en juridische consideraties hierbij een belangrijke rol.¹⁷⁷ Enige willekeur lijkt hieraan niet vreemd.

Een tweede, maar zelden gehanteerde methode om de financiële consequenties van arbeidsongeschiktheid op te vangen bestaat uit een door de werkgever af te sluiten gezondheidsverzekering ('permanent health insurance' (PHI)) ten gunste van de werknemer. De indruk bestaat dat dit met name ten aanzien van werknemers met een (zeer) hoog inkomen geschied; zo blijkt dit, volgens eigen navraag, een tamelijk gebruikelijke regeling te zijn voor Engelse advocaten. Werkgevers in de metaalindustrie daarentegen lachen om het idee.

Het gevolg van een PHI is tweevoudig: ten eerste worden de wettelijke c.q. contractuele verplichtingen tot loondoorbetaling van de werkgever overgenomen, zodat deze hiervan feitelijk verschoond is, terwijl aan de werknemer een aanvulling bovenop zijn sociaalzekerheidsrechtelijke uitkeringen wordt verstrekt, desnoods tot aan zijn pensioengerechtigde leeftijd toe. Dit laatste kan zeker in geval van ernstig en blijvend letsel of ziekte van ingrijpend belang zijn. Ten tweede ontvangt de begunstigde werknemer van zo'n PHI-verzekering een premie gerelateerd aan de waarde van zijn salaris (uitgaand van het salarisoniveau vóórdat hij arbeidsongeschikt werd) wanneer hij naar zijn werk terugkeert, om dit laatste vooral aan te moedigen.

4 Civielrechtelijke aansprakelijkheid

4.1 *Eigen schuld*

De werkgever is niet aansprakelijk voor het letsel van een werknemer indien dit uitsluitend is veroorzaakt door zijn eigen schuld.¹⁷⁸ Als het letsel echter zowel gedeeltelijk is te wijten aan een fout van de werknemer ('contributory negligence') als voor een deel aan 'negligence' of een inbreuk op een wettelijke regel zijdens de werkgever, kan de aansprakelijkheid proportioneel worden verdeeld over de partijen naar evenredigheid van hun 'bijdrage' in het veroorzaken van de schade.¹⁷⁹ Dit kan zich bijvoorbeeld voordoen wanneer

177 IDS 2001, p. 3.

178 Vgl. *Caswell v. Powell Duffryn Associated Collieries Ltd.* [1940] AC 152, [1939] 3 All ER 722 en *St. Gypsum Mines Ltd.* [1953] AC 663, [1953] 2 All ER 478, HL; *Horne v. Lec Refrigeration Ltd.* [1965] 2 All ER 898 en *Baker v. J. Clarke (Leeds) Ltd.* [1992] PIQR P262, CA.

179 Vgl. *Williams v. Devon County Council* [2003] EWCA Civ 365; *Sowden v. Crookdale* [2004] EWCA Civ 1370 en *Burgess v. Plymouth City Council* [2005] Civ 1659, waarin een schoonmaker pijnlijk ten val kwam over een doos die hij zelf uit de weg had moeten ruimen en voor de

een werknemer bewust een opdracht om het plafond van een mijn te beveiligen negeert of besluit om een lading op een onveilige wijze te lossen en daar vervolgens zelf het slachtoffer van wordt.¹⁸⁰ In zulke gevallen kan zelfs het beginsel *volenti non fit injuria* worden toegepast, wat geldt als een absolute verdediging met een ‘alles-of-niets’-consequentie.¹⁸¹

Ook het Engelse recht kent de ervaringsregel dat gewenning aan gevaar de oplettendheid daarop doet verminderen.¹⁸² Sinds de invoering van de Law Reform (Contributory Negligence) Act 1945 heeft het verweer van eigen schuld (‘contributory negligence’) aan kracht ingeboet. Toch is zij nog steeds van belang omdat de ‘ervaringsregel’ zoals wij die kennen, aanmerkelijk minder soepel wordt toegepast dan in Nederland: van de Engelse werknemer wordt beduidend meer oplettendheid en voorzichtigheid verwacht dan zijn Nederlandse collega. Naar Engels recht is een ongeval bij een simpele, dagelijkse verrichting een duidelijke indicatie van verwijtbare onoplettendheid van de werknemer en wordt deze verwijtbaarheid tot uitdrukking gebracht in de wederzijdse schuldverdeling en de schadevergoedingsplicht van de werkgever. Enigszins tegenstrijdig lijkt de ervaringsregel de Engelse werknemer eerder minder dan meer juridische bescherming te bieden naarmate hij meer ervaring heeft.¹⁸³

4.2 *Schade*

De aanwezigheid van schade is een essentieel vereiste voor een vordering tot schadevergoeding, zowel op grond van ‘negligence’ als schending van een ‘statutory duty’. De werkgever draagt alleen aansprakelijkheid voor schade uit hoofde van ‘negligence’ indien de betreffende schade binnen de reikwijdte van zijn zorgplicht (‘duty of care’) valt; hetgeen impliceert dat de betreffende schade in relatie tot de omstandigheden waarin zij is ontstaan, in redelijkheid voorzienbaar moet zijn (geweest) voor de werkgever en daardoor een zorgplicht

helft zelf de schade moest dragen. Ook: *Robb v Salamis* [2006] UKHL 56 waarin een werknemer ten val kwam doordat de ladder van zijn stapelbed niet goed bevestigd was, wat hij zelf had dienen op te merken. Ook hier werd slechts de helft van de schade toegewezen.

180 *Stapley v. Gypsum Mines Ltd.* [1953] AC 663, [1953] 2 All ER 478 resp. *Williams v. Port of Liverpool Stevedoring Co.* [1956] 2 All ER 69.

181 *Jayes v. IMI (Kinoch) Ltd* [1985] ICR 155. Jayes, een ervaren arbeider, stak zijn hand in een deel van een machine waarvan eerder de beveiligingsmechanismen waren verwijderd om de machine een onderhoudsbeurt te geven. De machine bleek desondanks toch nog te werken... Zijn medeschuld aan de amputatie van zijn hand werd vastgesteld op 100%.

182 Vgl. *Flower v. Ebbw Vale Iron and Coal Ltd.* [1934] 2 KB 132 at 140, CA en [1936] AC 206.

183 *Bowden v. Barbrooke Brothers* (1973) 15 KIR 232; zie J. Munkman 1985, p. 94-96.

creëert, juist om deze schade te vermijden of te beperken.¹⁸⁴ De schending van een ‘statutory duty’ leidt alleen tot schadevergoeding indien de betreffende wettelijke regel hierin voorziet en tevens is voldaan aan het relativiteitsbeginsel¹⁸⁵, wat inhoudt dat de geschonden norm moet strekken tot bescherming van een belang waarin de betreffende norm beoogt te voorzien.¹⁸⁶

Bij gerechtelijke letselschadeprocedures worden vergoedingen doorgaans ‘voor eens en altijd’ toegekend; dit betekent dat de kansen op verslechtering van de gezondheid, toekomstig verlies van arbeidsongeschiktheid etc. zeer zorgvuldig moeten worden ingeschat, omdat de kosten die deze met zich (zullen) brengen moeten worden ingecalculeerd in de hoogte van de schadevergoeding. Op deze regel bestaat één belangrijke uitzondering, die rekening houdt met het feit het soms onmogelijk kan zijn om te voorzien hoe het menselijk lichaam en de menselijke geest zich zullen ontwikkelen. Sectie 32A van The Supreme Court Act 1981 biedt de rechter de mogelijkheid om, indien is bewezen of althans aannemelijk is gemaakt dat het slachtoffer als een gevolg van het verwijtbare handelen van de aansprakelijke persoon in de toekomst mogelijk een ernstige ziekte zal ontwikkelen of ernstige schade zal lijden in zijn mentale of fysieke conditie, de hoogte van de schade in twee perioden in te schatten. Dit is gunstig voor bijvoorbeeld een werknemer die een traumatisch ongeval heeft meegemaakt in de uitoefening van zijn werkzaamheden en daar mogelijk jaren later nog ernstig depressief van kan worden.

In grote lijnen kan de schadevergoeding ten aanzien van arbeidsongevallen en beroepsziekten worden ingedeeld in twee categorieën:¹⁸⁷ ‘special damages’, die betrekking hebben op materiële schade en ‘general damages’ die betrekking hebben op immateriële schade.

4.3 *Materiële schade*

‘Special damages’ zijn posten van materiële aard die financieel kwantificeerbaar zijn, zelfs al kan dit slechts bij schatting gebeuren. Onder dit begrip vallen bijvoorbeeld inkomensschade, carrièreschade, pensioenschade, medi-

¹⁸⁴ Aldus *Overseas Tankship (U.K.) Ltd. v. Morts Dock and Engineering Co. Ltd., The Wagon Mound* [1961] AC 388, [1961] 1 All ER 404; beter bekend als kortweg *Wagon Mound* nr. 1. In deze zaak morste een schip tijdens het laden enige diesel in de haven van Sidney, waarna een stukje gesmolten metaal eveneens in het water viel en een drijvende doek aanstak, met als gevolg dat de drijvende diesel vlam vatte en de haven in een vuurzee veranderde.

¹⁸⁵ Vgl. met het relativiteitsbeginsel zoals neergelegd in het Nederlandse art. 6:163 BW.

¹⁸⁶ *Gorris v. Scott* (1874) LR 9 Exch 125, 43 LJ Ex 92.

¹⁸⁷ *Fair v. London and North Western Ry Co.* (1869) 21 LT 326, waarin deze distinctie expliciet wordt gemaakt door Cockburn CJ.

sche kosten, verzorging, verplaatste kosten, kosten van aanpassingen aan woning, etc.

Tot op zekere hoogte worden uitkeringen van de sociale zekerheid in mindering gebracht op de hoogte van de schadevergoeding; of dit het geval is, is afhankelijk van de aard van de uitkering. Voorts moet de gelaedeerde werknemer een redelijke inspanning maken om de omvang van de schade te beperken, voor zover dat van hem kan worden gevergd,¹⁸⁸ indien hij hierin verwijtbaar tekortschiet kan de rechter dit in de hoogte van de toe te kennen schadevergoeding tot uiting laten komen.

4.4 *Immateriële schade en psychisch letsel*

Posten¹⁸⁹ die onder deze noemer vallen worden gezamenlijk omschreven als 'general damages' en zijn vergelijkbaar met de Nederlandse overkoepelende term 'smartengeld'. Zij hebben betrekking op pijn en leed ('pain and suffering'), verminderde levensvreugde ('loss of the pleasures or amenities of life'), verminderde levensverwachting, het verlies van huwelijkskansen of -genot, verlies of vermindering van zintuiglijke waarnemingen, etc.

Waar de erkenning van de zorgplicht van de werkgever voor het psychisch welzijn van de werknemer in Nederland nog van relatief recente datum is, kent Engeland al een rijke juridische historie op dit gebied.¹⁹⁰ Wellicht heeft ook het intensieve onderzoek naar het causaal verband tussen arbeidsomstandigheden en psychiatrische ziekten door Engelse wetenschappers sinds de Tweede Wereldoorlog er toe bijgedragen dat de juridische erkenning van deze zorgplicht in Engeland eerder tot stand is gekomen dan in Nederland.¹⁹¹

¹⁸⁸ Dit is niet gemakkelijk te bepalen, zeker niet in gevallen van psychische schade. Het is bijvoorbeeld denkbaar dat de onwilligheid om over een traumatisch incident te praten deel uitmaakt van de psychische schade.

¹⁸⁹ Zie voor een uitvoerige bespreking Munkman 1996, hoofdstuk 5.

¹⁹⁰ Vgl. *Victorian Railway Commission v. Coultas* (1888), 13 App Cas 222, waarin zonder succes schadevergoeding wegens shockschade werd gevorderd, en *Dulieu v. White & Sons* [1901] 2 KB 669, met succes. Ook: *Dooley v. Cammell Laird Co. Ltd.* [1951] 1 LR 271, waarin hijskraanmachinist Dooley nervous shock ontwikkelde als gevolg van een incident waarbij de ketting op het werkeinde van zijn hijskraan brak en de daaraan verbonden lading in het ruim van het schip viel waarin zijn collega's zich bevonden; *Galtry v. British Railways Board* [1983] 133 NLJ 870, waarin treinmachinist Galtry twee spoorweglieden dood reed, die zich net na een bocht in het spoor bevonden, waardoor hij hen niet eerder had gezien noch had kunnen stoppen en *Wigg v. British Railways Board*, *The Times* 4 februari 1986, waarin treinmachinist Wigg het lijk zag van een persoon die tengevolge van een klap van een dichtslaan de deur van Wigg's weggrijpende trein op het spoor was gevallen, waarna de trein over hem heen was gereden. Vgl. *Earnshaw & Cooper* 1996, p. 38.

¹⁹¹ Vgl. *Walker v. Northumberland County Council* [1995] IRLR 35 versus HR 11 maart 2005, JAR 2005/84, LJN AR6657 (ABN AMRO/Nieuwenhuys).

Een en ander heeft zich vertaald in de Engelse wetgeving.¹⁹² Reeds vanaf de jaren tachtig van de vorige eeuw heeft de Health and Safety Executive richtlijnen gecreëerd ter voorkoming en beperking van werkstress, waarmee enerzijds is erkend dat het een arbeidsgerelateerde kwestie van veiligheid en gezondheid betreft en anderzijds het onderwerp een duidelijke status heeft gekregen op juridisch en maatschappelijk niveau.¹⁹³ Ook de Management of Health and Safety at Work (MHSW) Regulations 1992 stelt verplichtingen aan de werkgever, in zoverre dat deze omwille van het welzijn ('welfare') van de werknemer een onderzoeksplicht heeft ten aanzien van hedendaagse literatuur over werkstress en een risico-inventarisatie en -evaluatie moet maken ten aanzien van stress in het eigen bedrijf.¹⁹⁴ Er is geen aansprakelijkheid voor psychisch letsel wanneer deze in redelijkheid niet door de werkgever kon worden voorzien.¹⁹⁵

De aandacht van de wetgever is niet zonder reden; in 1995 heeft de Confederation of British Industry (CBI) berekend dat de impact van ziekteverzuim vanwege een psychische oorzaak jaarlijks neerkomt op een economische schade van circa £ 3.7 miljard (€ 4.26 miljard) en een verlies van 91 miljoen arbeidsdagen. Zo'n 30 tot 40% van alle ziekteverzuim wordt geweten aan geestelijke klachten. In 1999 schatte *The Times* dat dit het Britse bedrijfsleven jaarlijks het astronomische bedrag van ruim £ 7 miljard (destijds gelijk aan € 11 miljard) kost.¹⁹⁶

De jurisprudentiële ontwikkelingen zijn langzamer op gang gekomen, maar nemen geleidelijk aan belang en omvang toe.¹⁹⁷ De eerste rechtszaak van betekenis op dit rechtsgebied vond plaats in 1991, toen werknemer Johnstone¹⁹⁸ zijn werkgever Bloomsbury Health Authority met succes voor de rechter had gedaagd vanwege een geestelijke instorting als gevolg van overwerk. Hij beriep zich daarbij uitdrukkelijk op de uitspraak inzake *Wilsons & Clyde Coal Company Limited v. English*¹⁹⁹, waarin Lord Wright expliciet het

192 In dit kader zijn ook de Sex Discrimination Act 1975, de Race Relations Act en de Disability Discrimination Act 1995 relevant voor gevallen waarbij de werknemer psychische klachten heeft ontwikkeld als gevolg van respectievelijk seksuele intimidatie op de werkvloer en discriminatie op grond van huidskleur of een (geestelijke) handicap. Zie Barrie 2005, p. 349 e.v.

193 HSE 1995.

194 S. 2 (1).

195 Vgl. *Corr v IBC Vehicles* [2005] EWHC 859, [2006] PIQR P123, waarin een werknemer het slachtoffer werd van hoofdletsel en als gevolg daarvan (zonder enig voorafgaand psychiatrische ziektebeeld) depressief werd en tenslotte zelfmoord pleegde.

196 *The Times*, 6 juli 1999, zie Lunney & Oliphant 2000, p. 297.

197 Vgl. een enquêteonderzoek verricht door Earnshaw & Cooper 1996, p. 74 e.v.

198 *Johnstone v. Bloomsbury Health Authority* [1991] 1 WLR 1314, [1992] 1 QB 33, vgl. Earnshaw & Cooper 1996, p. 6.

199 *Wilsons & Clyde Coal Ltd. v. English* [1937] 3 All ER 628.

beginsel 'duty of care' formuleert: "The whole course of authority consistently recognises a duty which rests on the employer, and which is personal to the employer, to take reasonable care for the safety of his workmen." Deze zaak was een waarschuwing voor werkgevers en verzekeraars dat het werkgeversaansprakelijkheidsrecht was uitgebreid met de kans om aansprakelijk te worden gesteld wegens een verwijtbare tekortkoming in de zorgplicht voor de psychische veiligheid en gezondheid van de werknemer.²⁰⁰ Ook de zaken *Alcock v. Chief Constable of the South Yorkshire Police*²⁰¹ en *White v. Chief Constable of the South Yorkshire Police*²⁰², naar aanleiding van de ramp in het Hillsborough voetbalstadion, leidden tot meer aandacht voor zelfstandig psychisch letsel.

De tweede 'landmark case' heeft betrekking op de aansprakelijkheid van de werkgever voor werkgerelateerde stress: *Walker v. Northumberland County Council*.²⁰³ Walker stelde zijn werkgever, Northumberland County Council, aansprakelijk voor de door hem geleden zenuwinzinkingen die het gevolg waren van aanzienlijke en langdurige overbelasting in de uitvoering van zijn werkzaamheden als manager van vier teams van maatschappelijk werkers die specialiseerden in kindermishandeling. De rechter wees de vordering toe en stelde ten aanzien van de zorgplicht van de werkgever voor het psychisch welzijn van Walker als werknemer dat: "Whereas the law on the extent of this duty has developed almost exclusively in cases involving physical injury to the employee as distinct from injury to his mental health, there is no logical reason why risk of psychiatric damage should be excluded from the scope of the duty of care."²⁰⁴

200 In een vergelijkbare zaak, die echter destijds weinig aandacht had gekregen, had de werknemer geen succes: *Petch v. Customs and Excise Commission* [1993] ICR 789. Naar het oordeel van de rechter had de werkgever een zenuwinzinking als gevolg van overwerk in redelijkheid niet kunnen voorzien; integendeel zelfs, aangezien de werknemer zich altijd juist zeer enthousiast had getoond om nóg meer werk te aanvaarden.

201 *Alcock v. Chief Constable of the South Yorkshire Police* [1992] 1 AC 310, [1991] 4 All ER 907. In deze zaak werden drie criteria ontwikkeld voor het recht op schadevergoeding vanwege psychische schade als gevolg van een ramp of vanwege geweld. Deze zijn 'the three proximity requirements of relationship, time & space, and perception', welke informeel bekend staan als 'dearness, nearness, hear-ness'. Voor meer uitvoerige informatie, zie bijvoorbeeld *Lunney & Oliphant* 2000, p. 278-285.

202 *White v. Chief Constable of the South Yorkshire Police*, [1998] 3 WLR 1509 vloeiende voort uit deze ramp.

203 *Walker v. Northumberland County Council* [1995] IRLR 35.

204 Dit rechtsgebied is nog volop in ontwikkeling. Meer recente rechtszaken, die nu aanhangig zijn gemaakt bij het House of Lords, zijn *Eastwood v. Magnox Electric* [2002] EWCA Civ 463 en *McCabe v. Cornwall County Council* [2002] EWCA Civ 1887 [2003] PIQR P292.

Deze uitspraak werd zeer verwelkomd in de Engelse juridische literatuur. Zo schrijft Nolan dat:

“This expansive interpretation of the employer’s duty is justified since, as Mr Walker’s experience illustrates, the consequences for the employee of psychiatric injury can be just as severe as those of physical ill-health, and because the avoidance of psychiatric injury can reasonably be said to concern the ‘safety’ of the employee... Walker is a vivid illustration of the metamorphosis health and safety at work is undergoing as the twenty-first century approaches. As jobs flow from the manufacturing to the service sector, the traditional conception of health and safety, with its focus on the risk of physical injury to blue-collar jobs, is expanding to include the impact of work on the mental health of white-collar employees, most particularly professionals in high-pressure work environments. While employers continue to cut costs by shedding jobs and imposing additional work on their remaining employees, this kind of protection is essential.”²⁰⁵

De Engelse rechterlijke macht lijkt erg terughoudend te zijn in de erkenning van arbeidsgerelateerde psychische schade en daartoe een zeer strikte benadering te hanteren ten aanzien van kwesties als de zorgplicht van de werkgever, de voorzienbaarheid van het gevaar en het causaal verband tussen de (schending van de) zorgplicht en de schade van de werknemer.²⁰⁶ Dit maakt het voor de werknemer evenredig meer moeilijk om zijn schade te verhalen op de werkgever, wat wellicht met het oog op het voorkomen van een ‘floodgate’ aan claims misschien ook wel de bedoeling is.

Gereduceerd tot grote lijnen komt het Engelse recht hierop neer: de werknemer die psychisch is gelaedeerd in de uitoefening van zijn werkzaamheden en de hierdoor ontstane schade wil verhalen op zijn werkgever, moet conform het bewijsrecht naar common law kunnen aantonen dat, aannemelijk (‘on the balance of probabilities’):

- 1) de werkgever in redelijkheid had kunnen voorzien (‘foreseeability’) dat de groep van werknemers waartoe de onderhavige werknemer behoort, dan wel deze individuele werknemer, kwetsbaar was voor psychisch letsel;
- 2) de werkgever tekort is geschoten in zijn zorgplicht (‘duty of care’) naar common law²⁰⁷ om die maatregelen te nemen, die in de omstandigheden

205 Freedland, Deakin & Nolan 1995, p. 280 e.v. Ook de Law Commission, een overheidsorgaan wat tot taak heeft om de regering te adviseren over juridische ontwikkelingen, steunde de Walker-uitspraak: vgl. Law Commission 1995, para. 7.22 en p. 88-92.

206 Bijvoorbeeld Waters v. Commissioner of the Police [2000] 4 All ER 934.

207 Lunney & Oliphant menen dat de aansprakelijkheid voor psychische schade uitsluitend kan voortvloeien uit common law, vgl. Lunney & Oliphant 2000, p. 302; dit is mijn inziens te

in redelijkheid van de werkgever konden worden gevergd om te voorkomen dat de werknemer het slachtoffer zou worden van letsel en

- 3) hijzelf als gevolg van deze tekortkoming schade heeft ontwikkeld in de vorm van een erkende psychiatrische klacht ('recognisable psychiatric injury').²⁰⁸

De lat ligt evenwel hoger voor werknemers in bij uitstek stressvolle beroepen, zoals professionele hulpverleners; wellicht kan hier een politieke huiverigheid voor massaclaims uit worden afgeleid. Zo werd in de zaak *Frost and Others v. The Chief Constable of South Yorkshire and Others*²⁰⁹ door de rechter gesteld dat "(...) it is a part of a police officer's duty to deal with situations which might cause psychiatric harm to ordinary people." Earnshaw en Cooper menen zelfs dat de werkgever niet aansprakelijk is voor psychisch letsel indien de aard van de werkzaamheden eerder aanleiding geeft tot zulk letsel en hij de werknemer voorafgaand aan de aanvang van de werkzaamheden hierover adequaat heeft geïnformeerd of wanneer de werknemer een zeer hoog salaris verdient en dit deels kan worden aangemerkt als een vorm van gevarengeld.²¹⁰ Dit lijkt veel op een herleving van het eerder besproken *volenti non fit injuria*-beginsel.

Een andere interessante ontwikkeling in het Engelse werkgeversaansprakelijkheidsrecht met betrekking tot zelfstandige psychische schade betreft de aansprakelijkheid voor *toekomstige* ziektes ('fear for the future cases'). Er zijn werknemers die, uit vrees dat zij een ernstige of zelfs fatale ziekte zullen ontwikkelen wegens een eerdere blootstelling aan ziekteverwekkende stoffen, door de aanmerkelijke stress die met deze vrees gepaard gaat ernstige psychiatrische klachten ontwikkelen terwijl de gevreesde ziekte zich nog niet bij hen heeft geopenbaard. Men behoeft niet van veel empathie te zijn gespeend om zich voor te stellen dat wie in een ver verleden veelvuldig met asbest werkte en sindsdien de ene na de andere (oud-)collega naar het kerkhof heeft gedragen, zich mogelijk (klinisch) depressief kan voelen bij het overdenken van zijn eigen toekomst. Maar angst op zichzelf is nog geen schade: daar is meer voor nodig, zoals op zijn minst een diagnose van psychisch letsel door een psychiater. In de Engelse literatuur wordt voorzichtig verondersteld dat,

betwijfelen, daar verscheidene wetten een specifieke zorgplicht op de schouders van de werkgever plaatsen.

208 Earnshaw & Cooper 1996, p. 47. Voorbeelden zijn legio, zoals neurose, depressie, psychose, paranoia, zenuwzinking, hysterie, 'burn-out', slaapstoornissen, hartritmestoornissen, maagklachten, angstaanvallen etc.

209 *Frost and Others v. The Chief Constable of South Yorkshire and Others*, [1999] 2 AC 455.

210 Earnshaw & Cooper 1996, p. 46 en 104, met verwijzing naar *Withers v. Perry Chain Co. Ltd.* [1961] 3 All ER 676.

in navolging van het Walker-arrest, de werkgever voor dergelijke angstschade aansprakelijk is indien hij de zorg voor de (geestelijke) gezondheid van de werknemer op zich heeft genomen ('assumption of liability') en vervolgens daarin verwijtbaar is tekortgeschoten.²¹¹ Maar net als in Nederland zijn de praktische consequenties hiervan nog lang niet uitgekristalliseerd.

5 Reikwijdte van de werkgeversaansprakelijkheid

5.1 *Ongevallen op de openbare weg*

In Engeland is het besef gerezen dat geen enkele activiteit van de werknemer zo veel kans biedt op letsel als de deelname aan het verkeer. Eén op de drie dodelijke slachtoffers van een verkeersongeval betreft een werknemer in de uitvoering van zijn werkzaamheden. Concreet komt dit voor Groot-Brittannië neer op circa 800 tot 1.000 werknemers per jaar, oftewel zo'n twintig werknemers per week. Iedere week worden circa 250 werknemers ernstig gewond als gevolg van een verkeersongeval.²¹² Deze statistieken hebben voor de Royal Society for the Prevention of Accidents (RoSPA) aanleiding gevormd om in 1996 een intensieve campagne te starten om aandacht te vestigen op de grote risico's waaraan werknemers worden blootgesteld wanneer zij zich in de uitoefening van hun werkzaamheden op de openbare weg bevinden, in het bijzonder in het gemotoriseerde verkeer.²¹³ Uit onderzoek van de Health & Safety Executive (HSE) en het Department for Transport, Local Government and the Regions (DTLR) blijkt zelfs dat de werknemer die een bedrijfsauto

211 Vgl. de ongepubliceerde zaak *Aston v. Imperial Chemical Industries Group*, 21 mei 1992; vermeld door de Law Commission 1995, p. 27. Een soortgelijke en meer recente zaak, die echter niet de werkgeversaansprakelijkheid betreft maar wel succes had, is *Re Creutzfeldt-Jacob Disease Litigation* [1998] 41 BMLR 157, waarin een groep dwergen gezamenlijk de Department of Health met succes aansprakelijk stelden vanwege hun (ziekelijke) angst dat zij de eerder genoemde, zeer afschuwelijke en fatale ziekte zouden (kunnen) ontwikkelen doordat het betreffende Ministerie hen had laten behandelen op een wijze die kansverhogend is om deze ziekte te ontwikkelen. Vgl. ook Lunney & Oliphant 2000, p. 299.

212 De statistieken zijn ontleend aan de website van RoSPA per 15 juli 2005, zie per dezelfde datum www.rospace.com/roadsafety.morr/index.htm en een persbericht van RoSPA per 19 januari 2005, zie www.rospace.com/news/releases/2005/pr363_19_01_01_occupational.htm. Zie ook het rapport van de door de regering in het leven geroepen Work-related Road Safety Task Group 2001, p. v, 1 en 3-4 in het kader van het regeringsprogramma Road Safety Strategy 2000. Helaas kan ik geen statistisch materiaal ter vergelijking aanbieden met betrekking tot Nederland of België. Het lijkt echter een redelijk veilige assumptie dat deze niet zeer afwijkend zouden zijn van de Engelse onderzoeksresultaten (omgerekend naar de bevolkingsomvang), daar de verkeersveiligheid in deze drie landen vermoedelijk niet wezenlijke verschillen vertoont.

213 Vgl. www.rospace.com per 15 juli 2005. De naam van de campagne is 'Managing Occupational Road Risk'.

bestuurt een verhoogde kans loopt ten opzichte van andere werknemers om het slachtoffer te worden van een verkeersongeval in de uitoefening van zijn werkzaamheden; de reden hiervoor is vooralsnog onbekend.²¹⁴ Ook hebben bestuurders van bedrijfsauto's een twee maal zo hoge kans om het slachtoffer te worden van een verkeersongeval als andere bestuurders; van de drie miljoen Engelse bedrijfsauto's geeft circa 66% jaarlijks aanleiding tot een verzekeringsclaim.²¹⁵ The Royal Society for the Prevention of Accidents (RoSPA) vindt er geen doekjes om: "More people are killed in 'at work' road accidents than in all other occupational accidents put together. Since 1996, RoSPA has been leading the campaign for road safety at work to be accepted as part of mainstream health and safety."²¹⁶

De Engelse overheid erkent dat het Engelse recht niet adequaat is geëquipeerd om met de moderne vervulling van ambulante werkzaamheden om te gaan. Anders dan in Nederland, waar het *belang* van de veiligheid van de werknemer op de weg geenszins minder is maar het besef ervan kennelijk wel, bestaat er een grote maatschappelijke, wetenschappelijke en parlementaire belangstelling voor dit onderwerp waarmee evident zowel een groot financieel als gezondheidsbelang is gemoeid. Zo heeft de toenmalige Engelse Minister for Transport, David Jamieson, in maart 2005 erkend dat de overheid de (on-)veiligheid van de werknemer in het verkeer ziet als de meest belangrijke arbeidsomstandighedenkwestie waarmee Groot-Brittannië geconfronteerd wordt.²¹⁷

In opdracht van de overheid tracht de werkgroep Work Related Road Safety Task Group (WRRSTG) een nationaal debat te ontwikkelen over de aansprakelijkheid van de werkgever voor arbeidsongevallen op de weg, ongeacht of de werknemer in kwestie een bestuurder, een passagier of een voetganger is. Ook de verbetering van de veiligheid van de werknemer maakt hier uiteraard deel van uit. Een voorlopige conclusie van deze werkgroep is dat "(...) it is wrong that workers out on the road who face significant risks, either as occupational drivers or employed to work on or by roads, are not offered the same protection as those working within fixed workplaces."²¹⁸ Zij beveelt als één van haar voornaamste conclusies aan dat het reeds bestaande arbeids- en arbeidsomstandighedenrecht uitdrukkelijk ook wordt toegepast op de ambulante werk-

214 Aldus Work-related Road Safety Task Group 2001, p. 4.

215 Zie www.rospace.org.uk/ohs/morr/mainstream.htm, 'Managing Occupational Road Risk: Evaluating the Impact of Employers' Interventions' per 25 juni 2001.

216 Zie de persverklaring van RoSPA van 22 november 2001, 'Government must act on 1000 annual work road accidents'. (De informatieve website van RoSPA is www.rospace.co.uk.)

217 Zie per 15 juli 2005: www.rospace.co.uk/news/releases/2005/pr374-04-03-05-occupational.htm.

218 Work-related Road Safety Task Group 2001, p. 6-9. Dit rapport is te downloaden van de website www.se.gov.uk/roadsafety/traffic1.pdf, per 15 juli 2005.

nemer, zoals bijvoorbeeld de verplichting van de werkgever om de risico's van het ambulante werkzaamheden te inventariseren en te evalueren uit hoofde van de Management of Health and Safety at Work Regulations 1999.

Het wachten is nu op meer concrete maatregelen van de regering. Tot op heden verkeert een en ander nog steeds in het stadium van adviezen en rechtsvergelijkend onderzoek.²¹⁹

5.3 Verjaring

Het Engels recht hanteert als uitgangspunt een termijn van zes jaar voor vorderingsrechten uit hoofde van onrechtmatige daad.²²⁰ Voor de meeste vorderingen tot schadevergoeding wegens letselschade geldt echter een termijn van drie jaar na het ontstaan van de schadeveroorzakende gebeurtenis.²²¹ Dit betekent dat de verjaringstermijn ('period of limitation') voor arbeidsongevallen – uitzonderlijke situaties daargelaten – drie jaar bedraagt vanaf de dag van het ongeval of de laatste dag van blootstelling aan een gezondheidsbedreigende stof, deze dag zelf niet meegerekend. Het kan echter zijn – en dit geldt in de praktijk met name voor beroepsziekten – dat de eisende partij kan aantonen dat de schade zich pas later heeft verwezenlijkt of hij pas op een latere datum kennis had van zijn vorderingsrecht. In een zodanig geval heeft hij het recht dat de periode van drie jaar dan ook zoveel later begint.²²² In de praktijk betekent dit dat een werknemer die in 1960 is blootgesteld aan asbeststof en in 2000 longkanker krijgt, geen verjaringsprobleem heeft ten aanzien van het instellen van zijn vordering in 2002.

Bovendien is de relatieve termijn van drie jaar geen ijzeren regel: de rechter heeft een grote vrijheid om de toepassing van deze termijn te versoepelen indien hij meent dat de feitelijke omstandigheden en de handhaving van

219 Vgl. RoSPA, Managing Occupational Road Risk: an international comparisons review, 5 juni 2002, ten aanzien van Nederlands recht wordt verwezen naar Y.R.K. Waterman 2002a. Zie hiervoor per 15 juli 2005: www.rospace.co.uk/morr/research/international/countries/holland.htm.

220 S. 2 Limitation Act 1980.

221 S. 11 Limitation Act 1980; uitzonderingen zijn bijvoorbeeld opzettelijk toegebracht letsel, aanranding en misbruik van recht. Ten aanzien van deze en andere uitzonderingen geldt de reguliere verjaringstermijn van zes jaar.

222 S. 14 Limitation Act 1980. Dit artikel is echter tamelijk gecompliceerd, met name als het de vraag betreft wanneer de eiser kennis heeft of wordt geacht te hebben van het bestaan van zijn vorderingsrecht. Het gaat echter de begrenzing van deze dissertatie voorbij om hier nader op in te gaan; wie een beroep wil doen op of verwijzen naar deze bepaling wordt geadviseerd om haar nauwgezet te lezen of voor meer algemene uitleg Barrie 2005, p. 697-713 te consulteren.

redelijkheid en billijkheid een dergelijke coulance rechtvaardigen.²²³ Dit doet zich bijvoorbeeld voor wanneer de eiser verkeerd is ingelicht over de verjaringstermijn door zijn advocaat of als de advocaat de eis te laat heeft ingediend terwijl een en ander de tegenpartij niet in een moeilijker bewijsrechtelijke positie brengt,²²⁴ of wanneer er reeds een verdenking bestaat van letsel maar dit pas na het verstrijken van de verjaringstermijn als zodanig kan worden gediagnosticeerd. Het Engelse recht kent geen absolute termijn voor de verjaring van letselschade.²²⁵

Indien de werknemer binnen de verjaringstermijn overlijdt kunnen zijn erfgenamen als zodanig nog binnen drie jaar na het overlijden van de werknemer dan wel van het ontstaan van hun wetenschap van een vorderingsrecht (om het even welke omstandigheid zich het laatste voordoet) een vordering tot schadevergoeding indienen op grond van de Law Reform (Miscellaneous Provisions) Act 1934. Het belang van een vordering van de erfgenamen is echter relatief gering aangezien zij geen recht hebben op vergoeding van het verlies van toekomstige inkomsten of gederfde levensverwachting sinds de invoering van de Administration of Justice Act 1982.

Ook de Fatal Accidents Act biedt de erfgenamen van de overleden werknemer een mogelijkheid om schadevergoeding te vorderen van de aansprakelijke werkgever binnen een termijn van drie jaar vanaf het overlijden c.q. drie jaar vanaf het moment dat zij wisten van het overlijden van de werknemer, de aard van het letsel wat het overlijden veroorzaakte en de omstandigheden waarin het dodelijk arbeidsongeval plaatsvond.

6 Conclusies

Hoewel Engeland dezelfde historische achtergrond heeft ten aanzien van het werkgeversaansprakelijkheidsrecht als Nederland en België, is dit land toch een geheel eigen koers gaan varen. In grote lijnen speelt de beschermingsgedachte jegens de werknemer een minder belangrijke rol in Engeland dan hier. Dit komt wellicht doordat de invloed van werkgevers op de ontwikkeling van arbeidsgerelateerde wetgeving van oudsher altijd veel groter is geweest, zoals blijkt uit de aanvullingen die Engelse werkgevers geheel naar eigen

²²³ S. 33 Limitation Act.

²²⁴ Vgl. *Steeds v. Peverel Management*, *The Times*, 16 mei 2001; *Das v. Ganju* [1999] PIQR P260 en *Corbin v. Penfold Metallising*, *The Times*, 2 mei 2000.

²²⁵ Law Commission 2001, met name p. 2-3. Vgl. *Irshadi v. Ali* [1999] *Lloyd's Rep.* 301 en *Hayes v. Pilkington Glass* [1998] PIQR P303.

believen al dan niet verstrekken op de tamelijk magere sociale zekerheid in de vorm van 'occupational injury schemes'.

De werknemer die het slachtoffer is geworden van een arbeidsongeval of een beroepsziekte, kan zijn vordering tot schadevergoeding baseren op 'common law' of op de 'statutory duty' van de werkgever. De zorgplicht die op 'common law' is gebaseerd, is inhoudelijk redelijk te vergelijken met de zorgplicht van de Nederlandse werkgever, zij het dat deze op vele fronten minder van de Engelse werkgever vergt en meer eigen verantwoordelijkheid en een zwaardere bewijslast van de Engelse werknemer verlangt. De nauwkeurig omschreven wettelijke 'statutory duties' van de Engelse werkgever daarentegen zijn wel het onderwerp van een absolute waarborg, zodat de Engelse werknemer qua bewijslast daar weer in het voordeel is ten opzichte van zijn Nederlandse collega. Ook hier is de schadevergoeding als uitgangspunt volledig van aard, maar de sneller aanvaarde eigen schuld van de werknemer kan deze aanmerkelijk reduceren.

Hoewel Engeland Europese wetgeving op het gebied van het arbeids- en arbeidsomstandighedenrecht zo minimaal mogelijk interpreteert en overneemt en ook IAO-verdrag¹²¹ niet heeft geratificeerd, kent het wel een officiële lijst van erkende beroepsziekten met daaraan gekoppelde bewijsvoordelen voor de werknemer. Deze lijst wordt voortdurend nauwkeurig afgestemd op de beroepsziektenlijst van de Europese Commissie.

Evenals België kent Engeland een wettelijk verplichte werkgeversverzekering tegen aansprakelijkheid voor arbeidsongevallen en beroepsziekten. Maar anders dan België, waar deze wettelijke plicht niet tot noemenswaardige moeilijkheden leidt, is de verzekeringsplicht van de Engelse werkgever aanleiding tot een scala van maatschappelijke problemen die vooral samenhangen met het gebrek aan nationale registratie van deze verzekeringen. Ook het gebrek aan een vangnetconstructie wordt als problematisch ervaren, met name ten aanzien van vele duizenden asbestslachtoffers. De oplossing wordt gezocht in een nog te realiseren 'insurance fund of last resort', het 'Employers Liability Insurance Bureau' (ELIB) genaamd, wat veel weg heeft van het Belgische Fonds voor de Beroepsziekten. In zoverre kan dit fonds nog niet tot praktisch voorbeeld voor Nederland dienen.

DEEL III

6 Ontwikkelingen, verplichtingen en keuzes voor de Nederlandse wetgever

1. Inleiding

1.1 *Algemeen*

Dit hoofdstuk heeft een tweevoudig doel. Paragrafen 2 en 3 beogen een kort overzicht te bieden van de voornaamste maatschappelijke en juridische ontwikkelingen in het werkgeversaansprakelijkheidsrecht en van de reacties van verzekeraars hierop. Aan de orde komen onder meer de rol van verkeersongevallen van werknemers, het belang van adequate verzekering, het uitwijken naar het goed werkgeverschap, de juridische perikelen rondom beroepsziekten en de (beweerdelijke) claimcultuur.

Verder bouwt dit hoofdstuk voort op de bevindingen uit de voorgaande hoofdstukken inzake de historische ontwikkeling van het werkgeversaansprakelijkheidsrecht en de werknemerscompensatie, de analyse van het geldend recht en de rechtsvergelijkingen met het Belgisch en Engels recht.

Paragraaf 4 borduurt voort op de schets van de maatschappelijke en juridische ontwikkelingen en richt zich met name op belangrijke aspecten van het werkgeversaansprakelijkheidsrecht die om actief ingrijpen van de wetgever c.q. werkgevers en verzekeraars vragen. Sommige van deze aspecten vloeien dwingend voort uit verdragsrecht en bieden naar hun aard weinig keuzevrijheid ten aanzien van hun invulling. Daar staat tegenover dat ingrijpen op deze punten tot harmonisering van het werkgeversaansprakelijkheidsrecht met geratificeerde verdragswetgeving kan leiden, welke nu nog ontbreekt. Deze aspecten komen aan de orde in paragraaf 5. Andere, meer vrijblijvende aspecten kunnen leiden tot een modernisering van de afwikkeling van werkgeversaansprakelijkheid voor arbeidsongevallen en beroepsziekten en komen aan bod in paragraaf 6. Deze laatste aspecten worden besproken vanuit de wens om nadere discussie op maatschappelijk en politiek niveau te stimuleren; een limitatieve opsomming of een ‘dwingend’ advies mijnerzijds is daarmee niet beoogd.

2 Uitdijende werkgeversaansprakelijkheid: oorzaken en achtergronden

2.1 *De ontwikkeling naar moderne arbeidsrisico's*

In vele gesprekken met letselschadeadvocaten heb ik te horen gekregen dat het arbeidsongevallenrecht hen weinig uitdagingen biedt. Er zou zelfs van een 'uitkristallisering' kunnen worden gesproken. De redenen die hiervoor worden aangevoerd, zijn veelal dat het arbeidsongeval op een specifieke plek en tijd kan worden bepaald, dat er doorgaans een 'simpel' causaal verband is en er zelden of nooit sprake is van verjaringsperikelen – kortom, een kind kan het aansprakelijkheidswasje doen. Deze visie lijkt te worden ondersteund door de onbekommerde houding van de wetgever, die in honderd jaar tijd (daarbij een grootscheepse herziening van het Burgerlijk Wetboek meegerekend), weinig aanleiding heeft gezien om zich druk te maken over een revisie van het begrip 'arbeidsongeval'. Maar er bestaat weinig aandacht voor het feit dat arbeidsongevallen mee-evolueren met de moderne ontwikkelingen van de werkplek en dat dus ook de aard van het 'klassieke' arbeidsongeval zelf is geëvolueerd. Dit doet de vraag rijzen in hoeverre een 'klassieke' aansprakelijkheidsvisie op arbeidsongevallen nog aansluit bij de moderne realiteit. Zoals wij al hebben gezien in hoofdstuk 3 is de aansluiting van historisch geënte begrippen als arbeidsongeval, werknemer, lokaal, schade et cetera bij moderne arbeidsomstandigheden al ver te zoeken.

Tegenwoordig is immers lang niet ieder arbeidsongeval een 'klassiek' arbeidsongeval. Wat te denken van een ongeval tijdens een 'vrijwillig verplicht' bedrijfsfeest, de aanranding van een wijkverpleegster in de privéwoning van een patiënt of het bijna voorspelbare geweld tegen een telefoonmonteur in een café waar de vaste telefoonverbinding niet meer werkt?¹ Deze werknemers zijn het voorwerp van risico's die, hoewel zij niet in de meest enge zin deel uitmaken van de contractuele werkzaamheden, feitelijk onmiskenbaar besloten zijn in de moderne invulling van diezelfde werkzaamheden.

Ieder van deze werknemers behoeft zowel feitelijke als financiële bescherming tegen de verwezenlijking van dergelijke risico's. Maar de kans is reëel dat hun werkgever zijn aansprakelijkheid voor de uit het incident voortvloeiende schade zal ontkennen met een beroep op het Reclasseringsmedewerker-

¹ Wie denkt dat dit laatste in het huidige tijdperk van mobiele telefonie weinig voor zal komen, heeft nog niet een telefoonmonteur thuis gehad die spontaan begon te huilen toen hem werd gevraagd om "eens wat te vertellen over arbeidsongevallen en beroepsziekten in zijn beroep". Kort samengevat kwam zijn relaas erop neer dat telefoonmonteurs een zwarte lijst hanteren van adressen waar bij voorkeur alleen de groentjes onder hen naar toe worden gestuurd teneinde het verbale en fysieke geweld dat hen treft "eerlijk te verdelen".

arrest² uit 1999: hij had immers geen zeggenschap of bevoegdheid over omstandigheden of gedragingen van derden op de openbare weg of in particuliere ruimtes. Een aanrijding, een ongeval in het schemergebied tussen werk en privé, een aanranding of geweldpleging is in de regel ook niet een zodanig vooraf bekend, specifiek en ernstig gevaar dat de werkgever in het kader van zijn algemene zorgplicht preventief had moeten optreden.³ Met name de specificiteit doet de verhaalspositie van de werknemer hier de das om.

De werknemer kan daarmee tussen wal en schip vallen: gevoelsmatig is de schade duidelijk arbeidgerelateerd, juridisch is de werkgever daarvoor niet aansprakelijk en in beginsel dus ook niet schadevergoedingplichtig. Dit kan ertoe leiden dat volgens het adagium ‘eenieder draagt zijn eigen schade’ deze werknemer zijn mogelijk aanzienlijke en langdurige schade zelf moet dragen. Erg bevredigend is dat resultaat niet, noch op persoonlijk, noch op maatschappelijk niveau. Het gaat hier immers niet om ‘huis-tuin-keuken’ risico’s die eenieder onbewust riskeert in het dagelijks leven, noch om risico’s welke de werknemer bewust in de privésfeer heeft aanvaard, zoals een valpartij van een paard of van de ski’s. Deze ‘arbeidsongevallen’ onderscheiden zich juist door het feit dat, omwille van het levensonderhoud, de betrokken werknemer noodgedwongen risico’s in de arbeidssfeer riskeert die voortvloeien uit het winststreven van de werkgever of zelfs door deze zijn gecreëerd en door hem kunnen worden verzekerd. Behoudens het vervullen van de uit de arbeidsovereenkomst voortvloeiende verplichtingen zou de werknemer niet aan deze beroepsmatige risico’s zijn blootgesteld: maar toch kan hij privé met de schade en een karige sociaalzekerheidsrechtelijke uitkering blijven zitten. Nogmaals, dit is niet een erg bevredigende situatie en het antwoord “maar zo zit het stelsel in elkaar” heeft, vermoed ik, nog nooit een door zijn werk gelaedeerde werknemer het gevoel gegeven dat hem recht is gedaan.

Dit wal-en-schip geldt nog duidelijker voor ‘gewone’ arbeidsongevallen waar de werkgever niet in zijn zorgplicht ex art. 7:658 BW is tekortgeschoten. Het arrest Dusarduyn/Du Puy (‘Dakdekkers’-arrest), waarin een dakdekker tijdens zijn werk door een dak viel maar de werkgever geacht werd niet op enige wijze tekort geschoten te zijn in zijn zorgplicht jegens de werknemer, is daarvan een duidelijk voorbeeld.

In het Reclasseringsmedewerker-arrest van 1999 heeft de Hoge Raad ook aangegeven dat de *sociaal-economische* positie van de werkgever ten opzichte van

² HR 22 januari 1999, NJ 1999, 534, LJN ZC2783 (Reclassering Nederland/S.).

³ Vgl. Hartlief 1999, p. 280 en Lindenbergh 1999, p. 51.

de werknemer reden is waarom de werknemer “bescherming geniet tegen aan zijn arbeid verbonden veiligheidsrisico’s”. Sindsdien is het belang dat in de jurisprudentie wordt toegekend aan de sociaal-economische positie van de werkgever slechts toegenomen. Anderzijds is het belang van zijn zeggenschap en bevoegdheid om aanwijzingen te geven aan de werknemer in relatie tot zijn schadevergoedingplicht in enige mate afgenomen; ook daarvan is het arrest *Dusarduyn-Du Puy* een voorbeeld. (Denk voorts aan de jurisprudentie rondom uitzendkrachten.⁴) Toch vormt de zeggenschap van de werkgever een centraal uitgangspunt van het ‘klassieke’ werkgeversaansprakelijkheidsrecht. Deze ontwikkeling geeft aanleiding tot de vraag of ‘zeggenschap’ als grondslag van het werkgeversaansprakelijkheidsrecht aan herziening toe is. In de hierna volgende paragrafen zal dit nader worden toegelicht.

Voorts is het, in het licht van deze overwegingen, verbazingwekkend dat de aansprakelijkheid van de werkgever voor arbeidsongevallen en beroepsziekten nog steeds in één en hetzelfde wetsartikel is geregeld. Historisch is dit wel verklaarbaar: rond de voorlaatste eeuwwisseling waren slechts relatief weinig beroepsziekten als zodanig onderkend en dit waren juist degenen waar het causaal verband (bijvoorbeeld vanwege een korte incubatieperiode) tussen de beroepsziekte en de werkzaamheden evident was, net zoals bij arbeidsongevallen het geval is. Maar tegenwoordig rijst in toenemende mate het besef dat beroepsziekten wezenlijk andere juridische (en medische) problemen met zich brengen dan arbeidsongevallen. Voorbeelden hiervan zijn de kenplicht van de werkgever, het (medisch-wetenschappelijk) aantoonbare causaal verband tussen de gezondheidsklachten en de uitoefening van de werkzaamheden, een lange incubatieperiode, de causale relatie tot verschillende werkgevers of tot de privésfeer, verjaringsperikelen, etc.

De pogingen van de rechterlijke macht om de aansprakelijkheid van de werkgever te beoordelen volgens normen die van oudsher geënt zijn op arbeidsongevallen, beginnen steeds meer op kunst- en vliegwerk te lijken. Niemand is hierbij gebaat. De jurisprudentie inzake aansprakelijkheid van de werkgever voor de dodelijke asbestziekte mesotheliom, waarbij de rechterlijke macht in feite voorbij de limieten van art. 3:310 BW moet gaan om een formeel verjaarde vordering toch inhoudelijk te kunnen beoordelen, geeft dit treffend aan.

Jaarlijks wordt een scherp stijgend aantal (oud-)werknemers getroffen door mesotheliom. Inmiddels zijn dit er ongeveer 400 per jaar; over circa tien

4 Vgl. HR 23 mei 1980, NJ 1980, 633, LJN AC6901 (*Manpower/Sie*), HR 15 juni 1990, NJ 1990, 716, LJN AC4217 (*Stormer/Vedox*), HR 4 oktober 2002, NJ 2002, 557, LJN AE4080 (*Excelent/Suares*), uiteindelijk gecodificeerd in art.7:658 lid 4 BW.

jaar (2019) zullen dat er ongeveer 700 per jaar zijn, waarna een daling wordt verwacht.⁵ Velen van deze slachtoffers zien hun vordering afstuiten op een verjaringstermijn die is gebaseerd op (medische) inzichten van een eeuw oud. Dit is wrang wanneer men beseft dat de wetgever destijds niet wist, gelet op de stand van wetenschap toentertijd, dat mesotheliom een beroepsziekte is die een incubatieperiode van dertig jaar of meer kan hebben en waarvan de eerste symptomen zich dikwijls pas voordoen wanneer de wettelijke verjaringstermijn van dertig jaar *al is gepasseerd*. Het valt dan ook in redelijkheid niet aan te nemen dat de wetgever, juist bij gebrek aan deze kennis, de expliciete bedoeling heeft gehad om deze ‘moderne’ groep slachtoffers uit te sluiten van verhaal op de aansprakelijke werkgever. In een poging deze asbestslachtoffers enigszins tegemoet te komen, heeft de Hoge Raad de in art. 3:310 BW nauwkeurig omschreven rechtszekerheid van de werkgever ‘opgerekt’ in het arrest Van Hese/De Schelde.⁶ In dit arrest heeft de Hoge Raad namelijk bepaald dat, indien de verjaringstermijn van dertig jaar is verstreken, de werkgever ‘onder omstandigheden’ *toch nog* volledig aansprakelijk kan zijn voor de schade van de werknemer. (Zie hiervoor hoofdstuk 5 paragraaf 5.3.) Voor de hand ligt dat werkgevers noch verzekeraars weinig waardering voor deze ‘elastische’ verjaringstermijn hebben: deze staat immers haaks op het beginsel van rechtszekerheid waaraan de verjaringstermijn expliciet geacht wordt uitdrukking te geven. Het blijft echter bij dergelijk kunst- en vliegwerk, zolang de wetgever zich niet het belang van deze justitiabelen voor de komende decennia aantrekt en nader regelt.⁷

Daar komt bij dat veelvuldig ‘incidenteel’ bijsturen door de rechtspraak op de lange duur funest is voor een consistent werkgeversaansprakelijkheidsrecht. Op zich is deze praktijk niet verwonderlijk. De rechtspraak houdt zich immers niet bezig met de hoofdlijnen van het werkgeversaansprakelijkheidsrecht maar met het individuele geval, ook al kan hieraan belangrijke precedentwerking toekomen. Het is niet de taak van de rechterlijke macht, maar juist die van de wetgever, om de hoofdlijnen van het aansprakelijkheidsrecht te bepalen: het gaat daarbij immers om politieke keuzes. Wanneer de rechterlijke macht echter noodgedwongen, bij gebrek aan ingrijpen door de wetgever, er steeds weer ‘een mouw aan moet passen’, dan wordt, beetje bij beetje, het systematische aspect van het werkgeversaansprakelijkheidsrecht ontkracht

5 Vgl. Burdorf e.a. 1997, p. 48, figuur 6.

6 HR 28 april 2000, NJ 2000, 430, LJN AA5635 (Van Hese/De Schelde).

7 Let wel: dit betreft niet de nieuwe generatie van asbestslachtoffers voor wie de wetgever art. 3:310 lid 5 BW in het leven heeft geroepen, maar de verwachte 40.000 Nederlandse asbestslachtoffers wiens blootstelling uit de jaren '60, '70 en '80 stamt en bij wie de asbestziekte zich voor het merendeel nog in de komende jaren of decennia moet openbaren. Vgl. Burdorf e.a. 1997, p. iii.

en van haar consistentie en logica ontdaan. Ook deze (voorzienbare) ontwikkeling plaatst op de wetgever de verantwoordelijkheid om van tijd tot tijd de rechtspraak waar nodig bij te sturen door middel van nieuwe wetgeving. Wat dat betreft, kan van de herziening in 1992 van het Nieuw Burgerlijk Wetboek ten aanzien van art. 7A:1638x oud-BW c.q. art. 7:658 Nieuw BW gesproken worden van een gemiste kans.

Twee voorbeelden van het ontwrichtende effect waartoe ongestuurde rechtspraak kan leiden, vormen de arresten Vonk/Van der Hoeven⁸ uit 2001 en De Bont/Oudenallen⁹ uit 2002. In het eerste arrest, wat een verkeersongeval van een bouwvakker betreft die op weg was naar zijn werk, heeft de Hoge Raad bepaald dat 'onder omstandigheden' de werkgever Vonk aansprakelijk is voor de schade van de werknemer Vonk, ook al is de werkgever geen enkele tekortkoming in de zorgplicht jegens Van der Hoeven of enige schuld aan de schade van Van der Hoeven te verwijten. Daarmee doet de Hoge Raad het meest essentiële deel van de schuldaansprakelijkheid waarop de werkgeversaansprakelijkheid is gebaseerd, namelijk schuld, af als irrelevant. Men zou denken dat een dergelijk vergaande uitspraak toch zeker politieke aandacht zou trekken, maar tot op heden is dat niet noemenswaardig het geval gebleken. In het tweede voorbeeld, dat eveneens een verkeersongeval van een werknemer betreft en waarin de schuld van de werkgever voor de schade van de werknemer feitelijk ook ver te zoeken was, plaatste de Hoge Raad een verzekeringsplicht op de schouders van de werkgever. Deze lijn heeft de Hoge Raad vervolgens consistent doorgetrokken, zoals blijkt uit de '1 februari'-arresten.¹⁰ In deze reeks arresten wordt in wezen aangegeven dat het belang van schadevergoeding van de gelaedeerde werknemer van een hogere orde kan zijn dan de (niet aanwezige) aansprakelijkheid van de werkgever. Ook daarmee is het werkgeversaansprakelijkheidsrecht behoorlijk op de helling gezet – maar (vooralsnog) opnieuw zonder politieke consequenties.¹¹

Kortom, het werkgeversaansprakelijkheidsrecht is geenszins uitgekristalliseerd, het is integendeel net zo hard in beweging als de moderne arbeidsontwikkelingen dat zijn. Het zijn echter niet de werknemers die zich beklagen over de moeilijke toepassing van een wet van een eeuw oud op moderne arbeidsperikelen: voor hen is een arbeidsongeval of een beroepsziekte te zeer een individueel incident, hoe vaak het verder ook op maatschappelijk niveau

8 HR 12 januari 2001, NJ 2001, 253, LJN AA9434 (Vonc/Van der Hoeven).

9 HR 9 augustus 2002, NJ 2004, 235, LJN AE2113 (De Bont/Oudenallen). Zie ook Waterman 2003b, p. 40-61.

10 HR 1 februari 2008, JA 2008/52, LJN BB6175 (Maasman/Akzo Nobel) en HR 1 februari 2008, JA 2008/53, LJN BB4767 (Kooiker/Taxicentrale).

11 Vgl. Van Boom 2003a, p. 33-40, Hartlief 2000, p. 104 en Waterman 2002b, p. 60-73.

voorkomt. Daar komt bij dat individuele werknemers niet een representatieve stem in de samenleving hebben, noch eenvoudige toegang tot de media, etc. Vakbonden zouden met het oog op de belangenbehartiging van hun leden wellicht meer publieke aandacht hiervoor kunnen vragen dan zij thans doen. Werkgevers beklagen zich ook zelden over het werkgeversaansprakelijkheidsrecht: daarvoor zijn de meesten van hen nu eenmaal verzekerd. Maar voor verzekeraars ligt dit anders: zij krijgen uiteindelijk wél op grote (financiële) schaal te maken met de gevolgen van de moeilijke aansluiting tussen het starre aansprakelijkheidsrecht en de zeer flexibele moderne ontwikkelingen op de arbeidsvloer. Met name de gevolgen van ‘nieuwe’ beroepsziekten worden uiteindelijk op hen afgewenteld. Het is dan ook niet verwonderlijk dat verzekeraars – met name bij monde van het Verbond van Verzekeraars – in toenemende mate aandacht vragen voor (het antwoord op) de vraag, hoe het werkgeversaansprakelijkheidsrecht in de toekomst zal worden verzekerd. Die vraag hangt nauw samen met de vraag hoe het werkgeversaansprakelijkheidsrecht zich zal ontwikkelen.

De aanleiding hiervoor kan worden gevonden in verschillende oorzaken, zoals een vrees voor een aanzienlijke toename van (massa-)claims in de toekomst, waarvan met name beroepsziekten een belangrijk deel zullen uitmaken. Juist beroepsziekten brengen specifieke aansprakelijkheidsrechtelijke, verzekeringsrechtelijke en sociaalzekerheidsrechtelijke problemen met zich, waarop het positieve recht geen adequaat antwoord kan bieden. De Commissie Donner II heeft zich al voorzichtig op dit pad begeven, zoals wij zagen in hoofdstuk 2 paragraaf 4.4. Dit hoofdstuk borduurt daar op voort.

Zoals zal blijken, bevindt Nederland zich in een moeilijke positie: handhaving van het huidige werkgeversaansprakelijkheidsrecht in combinatie met de huidige sociale zekerheid lijkt niet realistisch. Maar wat dan wel? Geheel zonder leidraad is Nederland niet: wij kunnen immers leren van andere landen, zoals met name België, en zelfs van onze eigen geschiedenis, waarmee ik in het bijzonder refereer naar de reeds in voorgaande hoofdstukken besproken Ongevallenwet. Voordat we ons verder verdiepen in oplossingen, is eerst een analyse van oorzakelijke en achtergronden noodzakelijk.

2.2 *Aanleiding tot herbezinning: de verzekerbaarheidsdiscussie*

Sinds 1967 – het jaar waarin de Ongevallenwet werd afgeschaft en art. 7:658 BW (toen nog art. 7A:1638x oud-BW) in beeld kwam – is de reikwijdte van de aansprakelijkheid van de werkgever aan voortdurende en steeds snellere

uitdijning onderhevig.¹² De wettelijke en jurisprudentiële normen, gecombineerd met een gestage groei van aansprakelijkheidsclaims, vergen daardoor steeds meer van werkgevers.

Toch heeft het merendeel van de werkgevers hier vanuit feitelijk oogpunt weinig last van: zij wentelen de gevolgen van deze ontwikkeling af op verzekeraars. Het merendeel, want niet alle werkgevers verzekert zich tegen werkgeversaansprakelijkheid. 'Grote' werkgevers, zoals bijvoorbeeld Nationale Spoorwegen, geven er soms de voorkeur aan om dit risico zelf te dragen en zich daarmee verzekeringspremies te besparen. Als alternatief voor een verzekeringsdekking richten zij bijvoorbeeld een eigen fonds op waaruit aansprakelijkheidsclaims worden vergoed. Voor de werknemer maakt het weinig uit of zijn schade wordt vergoed door een fonds van zijn werkgever of uit de reserve van een verzekeraar. 'Kleine' werkgevers kiezen er soms bewust voor om zich niet te verzekeren, bijvoorbeeld om zich via deze kostenbesparing een betere concurrentiepositie te verwerven of om simpelweg het hoofd boven water te houden. Dit is echter een discutabele praktijk, want het betekent dat de werkgever in feite het risico van insolventie op de werknemer afwentelt, die vanwege zijn letsel toch al in een financieel kwetsbare positie verkeert. Zeker in het geval van een sluipende beroepsziekte is het van belang dat er sprake is van verzekeringsdekking of een van een behoorlijke bedrijfsvoorziening. Menig slachtoffer van een sluipende beroepsziekte wordt geconfronteerd met een onvindbare, insolvente of gefailleerde werkgever en moet dan effectief zijn schade zelf dragen. In de praktijk zijn het dikwijls de kleine, onverzekerde werkgevers die zich met hand en tand tegen een aansprakelijkheidsclaim verweren, zelfs al ligt hun aansprakelijkheid voor een arbeidsongeval of beroepsziekte voor de hand. Ook dit kan ertoe leiden dat de werknemer niet de schadevergoeding ontvangt waar hij recht op heeft.

Het zijn derhalve met name de verzekeraars die bedrijfsverzekeringen tegen werkgeversaansprakelijkheidsclaims (AVB-polissen¹³) aanbieden, die de financiële repercussies ondervinden van de uitdijning van het werkgeversaansprakelijkheidsrecht. Ook worden zij geconfronteerd met ontwikkelingen als nieuwe gezondheidkundige inzichten ('nieuwe' beroepsziekten), assertieve patiëntenverenigingen, betere toegankelijkheid van wetenschappelijke informatie (Google), etc. Wanneer deze ontwikkelingen echter in de praktijk een (feitelijke) uitbreiding van het toepassingsgebied van de polis betekenen,

12 Ook de uitdijende werking van het goed werkgeverschap ex art. 7:611 BW draagt bij aan de groeiende aansprakelijkheidslast van zowel werkgevers als verzekeraars, maar dit aspect wordt hier verder buiten beschouwing gelaten.

13 De AVB-verzekering; AVB staat voor Aansprakelijkheidsverzekering voor Bedrijven.

kunnen de banden tussen de aansprakelijkheidsverzekering en het aansprakelijkheidsrecht pijnlijk gaan knellen.

Verzekeraars achten het van belang om maatschappelijke en politieke aandacht te vragen voor de potentiële consequenties van deze ontwikkelingen, met name ten aanzien van de verzekerbare sluipende beroepsziekten.¹⁴ Zij wijzen erop dat zij de hoogte van de premie van de AVB-polis moeten afstemmen op wat hen ten tijde van het afsluiten van de verzekeringsovereenkomst bekend is over het te verzekeren risico. Juist bij beroepsziekten kunnen de momenten van het verzekeren van de aansprakelijkheid en de verwezenlijking van het gedekte risico echter ver uiteen liggen. Ondertussen kan er veel met het werkgeversaansprakelijkheidsrecht gebeuren. In de woorden van Van Dam: "(...) op een onbekend risico kan iemand (...) zijn gedrag niet afstemmen."¹⁵

Ten aanzien van sommige vormen van werkgeversaansprakelijkheid, zoals met name asbestgerelateerde gezondheidsschade, kan men zich evenwel afvragen of deze vorm van aansprakelijkheid werkelijk zo onverwacht was, of verzekeraars dit risico nu werkelijk ten tijde van het verzekeren niet konden kennen. De typerend lange incubatieperiode van asbestziekten was immers al in de jaren zeventig een wereldwijd wetenschappelijk erkend feit. Toch hebben Nederlandse verzekeraars tot eind jaren negentig gewacht voordat zij hun verzekeringsproducten op dit risico aanpasten. Dat wekt op zijn zachtst gezegd verwondering. Het werpt ook de maatschappelijk zeer relevante vragen op, hoe zij tegenwoordig anticiperen op 'nieuwe' arbeidsrisico's, welke arbeidsrisico's zij als zodanig onderscheiden en of de bepaling van te verzekeren arbeidsrisico's bij hen wel in goede handen is.

Ondanks deze bedenkingen geldt toch dat het maatschappelijk belang bij een goede (werkgeversaansprakelijkheids-)verzekering zó groot is dat wanneer verzekeraars veelvuldig aankondigen dat de verzekerbare van werkgeversaansprakelijkheid en van beroepsziekten in het bijzonder in de toekomst gevaar loopt, deze waarschuwing aandacht verdient.¹⁶ De maatschappij is er immers niet bij gebaat wanneer verzekeraars en masse 'moeilijke' arbeidsrisico's zouden uitsluiten van polisdekking, zoals zij dreigen te doen.

14 Faure & Hartlief 1995, p. 345-346. Zie ook het samenvattende artikel van Faure & Hartlief 1996, p. 140-151.

15 Van Dam 2000, p. 250.

16 Faure & Hartlief 1995.

Een maatschappelijk debat over dit onderwerp leidt snel tot politieke keuzes. Het is echter onverantwoord om politieke keuzes te maken die het lot van werknemers tot in lengte van jaren kunnen treffen, indien die keuzes niet zijn gebaseerd op deugdelijke informatie. Het debat over de groeiende ‘onverzekerbare’ aansprakelijkheidslast zou daarom gebaat zijn bij een deugdelijke en objectieve onderbouwing van dit uitgangspunt aan de hand van sociaal-economische en statistische data. Het opmerkelijke is echter dat juist verzekeraars, die bij uitstek gebaat zijn bij dergelijke informatie en in de positie verkeren om deze te vergaren, uit concurrentieoverwegingen zeer terughoudend zijn in het verspreiden van dergelijke informatie.¹⁷ Dat komt de openheid en voortgang van het door hen gewenste publieke debat over het verzekeren van arbeidsongevallen en beroepsziekten niet ten goede.

In de volgende paragraaf komt kort aan de orde welke oorzaken debet zijn aan de uitdijning van het werkgeversaansprakelijkheidsrecht en de verzekeraarheidsdiscussie die er het gevolg van is geweest. Ik onderscheid bij het schetsen van de oorzaken de juridische ontwikkelingen, de ontwikkelingen in de sociale zekerheid en de ontwikkelingen in de wetenschap en techniek.

Een volledige bespreking is daarbij nadrukkelijk niet beoogd, slechts de belangrijkste ontwikkelingen komen aan bod.

2.3 Juridische ontwikkelingen

2.3.1 *Tendens naar risicoaansprakelijkheid buiten art. 7:658 BW: verkeersongevallen*

Een eeuw geleden heeft de wetgever nadrukkelijk beoogd om géén absolute zorgplicht te scheppen met de invoering van de in art. 7A:1638x oud-BW (later art. 7:658 BW) gecodificeerde werkgeversaansprakelijkheid. Vooral in de oudere literatuur (rond de voorlaatste eeuwwisseling) werd benadrukt dat de aansprakelijkheid van de werkgever een *schuldaansprakelijkheid* betrof.¹⁸

Aanvankelijk kwam hier weinig verandering in. Dat is niet verwonderlijk, want tot 1967 was de juridische werking van art. 7A:1638x oud-BW feitelijk uitgeschakeld door de Ongevallenwet. Hierdoor kregen juridische theorieën en rechtspraak weinig kans om zich gelijktijdig met de technische, wetenschappelijke, medische en maatschappelijke ontwikkelingen van de dag te

¹⁷ In dezelfde zin: A-G Spier in zijn conclusies voor HR 15 januari 1999, NJ 1999, 242, LJN ZC2819 (Mastum/NN), HR 16 april 1999, NJ 1999, 666, LJN ZC2887 (L./Interpolis) en HR 28 mei 1999, NJ 1999, 564, LJN ZC2912 ('Johanna Kruidhof'). Vgl. ook Hartlief 2000, p. 390.

¹⁸ Engelhard & Verheyden 1934, p. 199 en de conclusie van A-G Ten Kate voor HR 21 juni 1975, NJ 1976, 81, LJN AC5607 (Heesters/Schenkelaars).

ontwikkelen. Pas enige tijd na de afschaffing van de Ongevallenwet in 1967, toen de jurisprudentie en de literatuur op het gebied van werkgeversaansprakelijkheid ‘op gang’ waren gekomen, heeft de rechterlijke macht de grens tussen schuld- en risicoaansprakelijkheid kunnen aftasten. Ook dit leidde niet onmiddellijk tot veel nieuws: tot laat in de jaren ’80 werd het formele standpunt volledig geëerbiedigd.¹⁹ Een klassiek voorbeeld hiervan is het arrest De Kok/Jansen’s Schoonmaakbedrijven B.V.²⁰ In dit arrest had glazenwasser De Kok zich ernstig verwond aan een glasplaat die hij in opdracht van zijn werkgever Jansen’s Schoonmaakbedrijven B.V. uit de raamsponningen had getild. Van enige tekortkoming van de werkgever bleek echter niet, zodat de Hoge Raad oordeelde dat:

“Wanneer de werkgever niet is tekortgeschoten in de nakoming van de in art. 1638x lid 1 genoemde verplichtingen en hij ook overigens niet is tekortgeschoten in de nakoming van zijn verplichtingen, is er geen plaats voor een op ‘gebruik en billijkheid’ dan wel op goed werkgeverschap in het algemeen rustende verplichting om aan een werknemer die als gevolg van een hem in de uitoefening van zijn dienstbetrekking overkomen ongeval schade lijdt, een schadevergoeding of tegemoetkoming te betalen. Zulk een verplichting is met name onaanvaardbaar omdat daardoor, in strijd met de strekking van art. 1638x, op de werkgever een aansprakelijkheid zou worden gelegd zonder dat sprake is van een tekortkoming aan zijn kant.”

Kort gezegd: bij gebrek aan een verwijtbare tekortkoming van de werkgever kon geen schuldaansprakelijkheid worden aangenomen noch enige andere grondslag die tot een schadevergoedingsplicht kon leiden, zoals goed werkgeverschap of redelijkheid en billijkheid. De Kok moest zijn eigen schade dragen; dat de oorzaak hiervan gelegen was in de vervulling van zijn werkzaamheden en een duidelijk beroepsrisico betrof, deed daar niets aan af.

Formeel volgt de Hoge Raad nog steeds deze richtlijn van de wetgever. De frase dat art. 7:658 BW “geen absolute waarborg beoogt te scheppen” – een ontkenning van risicoaansprakelijkheid – is dan ook frequent in zijn rechtspraak terug te vinden.²¹

19 Vgl. HR 10 juni 1983, NJ 1984, 20, LJN AG4611 (Berisa/Raymakers), HR 1 juli 1993, NJ 1993, 687, LJN ZC1027 (Power/Ardross) en HR 24 juni 1994, NJ 1995, 137, LJN ZC1405 (‘Rolsteiger’).

20 HR 17 november 1989, NJ 1990, 572, LJN AB9375 (De Kok/Jansen). Hoewel dit arrest veelvuldig vanwege deze context wordt geciteerd, wordt hiermee een ouder arrest van gelijke strekking over het hoofd gezien: HR 10 juni 1983, NJ 1984 (Berisa/Raymakers).

21 Slechts een greep uit de voorbeelden: HR 24 juni 1994, NJ 1995, 137, LJN ZC1405 (‘Rolsteiger’), HR 1 juli 1993, NJ 1993, 687, LJN ZC1027 (Power/Ardross), HR 9 november 2001, NJ 2002, 80, LJN ZC3677 (Meuffels/Ca-La), HR 4 oktober 2002, NJ 2004, 175, LJN AE4090 (‘Broodmes’), HR 16 mei 2003, NJ 2004, 176, LJN AF 7000 (Dusarduyn/Du Puy), HR 12 sep-

Vanaf begin jaren '90 kan echter een kentering in de rechtspraak worden waargenomen waarbij het uitgangspunt van schuldaansprakelijkheid steeds meer in het gedrang komt. Steeds gaat het daarbij om 'moderne' situaties die buiten de enge 'lokaal' visie van de werkgever vallen en waarin enige feitelijke instructiemogelijkheid of zeggenschap over de gedragingen van de werknemer ontbreekt. Deelname van de ambulante werknemer aan het verkeer is hier bij uitstek een voorbeeld van.

De grens tussen schuld- en risicoaansprakelijkheid wordt geleidelijk steeds vager of, wellicht beter uitgedrukt, schuift steeds meer naar risicoaansprakelijkheid toe.²² Een scala van oorzaken kan hiervoor genoemd worden, zoals de toenemende veelheid en strengheid van de materiële normen waaraan de werkgever moet voldoen, in combinatie met de verschoven bewijslast, de ruime interpretatie van het begrip 'hulp persoon', de normen met betrekking tot eigen schuld van de werknemer en het steeds sneller reiken naar het goed werkgeverschap ex art. 7:611 BW. Ook de afbouw van de sociale zekerheid heeft vermoedelijk tot dit effect bijgedragen. Juist vanwege de lagere uitkeringsniveaus wordt de excedentschade van de werknemer steeds groter en daarmee ook zijn behoefte aan een 'meedenkende' rechter. Zoals wij zullen zien, blijft één aspect constant: de beschermingsgedachte achter art. 7:658 BW.

Een startpunt voor deze verschuiving vormt het arrest Schuitmaker/Bruinsma Tapijt. In dit arrest kwam de vraag aan de orde of werkgever Bruinsma Tapijt aansprakelijk was voor de schade die werknemer Schuitmaker had geleden aan zijn auto als gevolg van een verkeersongeval tijdens de uitoefening van zijn werkzaamheden.²³ De Hoge Raad wees de vordering tot schade toe: in bijzondere gevallen kan een uitzondering worden gemaakt op het beginsel dat de werkgever geen aansprakelijkheid heeft voor schade van de werknemer, indien die schade niet samenhangt met enig handelen of nalaten van de

tember 2003, NJ 2004, 177, LJN AF8254 ('Koffievlek'), HR 9 juli 2004, NJ 2005, 260, LJN AO8171 (Oost/Brands Bouwgroep), HR 5 november 2004, NJ 2005, 215, LJN AP1463 (Lozerhof/Van Duyvenbode), HR 27 april 2007, NJ 2008, 462, LJN AZ6717 (Kalai/Petit).

22 HR 14 april 1978, NJ 1979, 245, LJN AC3514 (Messaoudi/Hoechst), HR 10 juni 1983, NJ 1984, 20, LJN AG4611 (Berisa/Raymakers), HR 9 oktober 1992, NJ 1994, 535, LJN ZC0706 ('DES-dochters') en HR 25 juni 1993, NJ 1993, 686, LJN AC1907 (Cijssouw/De Schelde I), HR 24 juni 1994, NJ 1995, 137, LJN ZC1405 ('Rolsteiger') en Rb. Haarlem 7 december 1993, VR 1995, 68 (Handgraaf/Hoogovens). Vgl. ook Van Maanen e.a. 1990, p. 65-143; Spier 1992, Bolt & Spier 1996, Hartlief 1997c, p. 26 e.v.; Van Boom 2003a, p. 33 e.v. Ook: TK 1998-1999, 26 630, nr. 1 over de (beweerdelijke) claimcultuur in Nederland, met commentaar van Faure & Hartlief 1999, p. 75 e.v.

23 HR 16 oktober 1992, NJ 1993, 264, LJN ZC0717 (Schuitmaker/Bruinsma Tapijt).

werkgever. Met verwijzing naar art. 6:170 lid 3 en art. 7:661 BW verklaarde de Hoge Raad over de rechtvaardiging van zo'n uitzondering:

“Met dit stelsel strookt en in verband daarmee vloeit naar de aard van de arbeidsovereenkomst uit de eisen van de redelijkheid en billijkheid, bedoeld in art. 6:248 lid 1, voort dat de werkgever ook in geval de auto ten tijde van het ongeval aan de werknemer zelf toebehoorde, in beginsel de daaraan ontstane schade heeft te dragen, behoudens het geval dat deze is ontstaan door opzet of bewuste roekeloosheid van de werknemer. (...) Aan het voorgaande doet niet af dat de werknemer met betrekking tot schaden door ongevallen met zijn eigen auto, ter zake waarvan de werkgever in beginsel geen zorgplicht heeft, geen aanspraken zal kunnen gronden op art. 7A:1638x.”

Kortom, de werkgever kreeg hier een schadevergoedingsplicht toebedeeld, hoewel feitelijk van enige tekortkoming of verwijtbaarheid zijnerzijds volstrekt geen sprake was. De billijkheid achter deze uitspraak is echter evident: het zou onredelijk zijn dat de werkgever wél bedrijfsmatig zou profiteren van de inzet van het privé-eigendom van de werknemer, maar niet thuis zou geven wanneer het eigendom juist vanwege die inzet beschadigt.

Vrij algemeen werd verondersteld dat, indien zo'n uitzondering opging voor zaakschade, dit aannemelijk ook zou gelden voor 'het meerdere', namelijk personenschade.²⁴ De evidente inbreuk op het gekoesterde uitgangspunt van *schuldaansprakelijkheid* werd daarbij veelal genegeerd. Loonstra had echter wel een vooruitziende blik voor de vergaande consequenties die in het kielzog van het arrest konden volgen.²⁵ Hij wees er in felle bewoordingen op dat met deze 'gouvernement des juges' in feite een risicoaansprakelijkheid was geïntroduceerd welke geheel in strijd was met de expliciete, gecodificeerde richtlijn van de wetgever. Daarmee was de rechter in feite op ondemocratische wijze op de stoel van de wetgever gaan zitten.

De belangstelling in parlementaire kringen voor dit arrest uitte zich in het wetsvoorstel Verkeersongevallen.²⁶ Dit wetsvoorstel beoogde een combinatie

24 Vgl. MvT, TK 1997-1998, 25 759, nr. 3, p. 22; A-G Hartkamp, in zijn conclusie voor HR 12 januari 2001, RvdW 2001, 31 (NJ 2001, 253, LJN AA9434; Vonk/Van der Hoeven) en idem Hartlief 2001b, p. 39. Vreemd genoeg leidde deze algemeen gedragen conclusie niet tot enige opmerkelijke activiteit in de verzekeringswereld; integendeel, zij voelde zich 'verrast' door het arrest Vonk/Van der Hoeven. Kennelijk had zij de implicaties van het Schuitmaker-arrest wel onder woorden weten te brengen, maar toch niet helemaal begrepen.

25 Loonstra 2002, p. 309-310.

26 Vgl. TK 1997-1998, 25 759, nrs. 1-2, p. 4 (MvT), nr. 3, p. 20-21 en TK 2000-2001, 27 400, VI, nr. 54, p. 7. Vgl. MvT, TK 1997-1998, 25 759, nr. 3, p. 22; A-G Hartkamp, in zijn conclusie voor HR 12 januari 2001, RvdW 2001, 31 onder 6 en idem Hartlief 2001b, p. 37-38.

van risicoaansprakelijkheid en verzekeringsplicht in te voeren ten behoeve van (onder meer) werknemers die als bestuurder van een motorvoertuig het slachtoffer zijn geworden van een verkeersongeval in de uitoefening van de werkzaamheden, onder meer ingegeven door de moeilijkheden van de werknemer om zichzelf als bestuurder van een motorvoertuig van een ander te verzekeren.

Het voorstel ontmoette echter veel kritiek; zo werd door Hartlief terecht opgemerkt dat niet viel in te zien waarom de voorgestelde risicoaansprakelijkheid slechts betrekking zou hebben op gemotoriseerde werknemers en niet op bij uitstek kwetsbare verkeersdeelnemers als ambulante of fietsende werknemers in het verkeer, of waarom de werkgever wél risicoaansprakelijk zou zijn voor werknemers in het verkeer maar niet voor werknemers in het lokaal.²⁷ Uiteindelijk werd het wetsvoorstel ingetrokken (overigens om redenen die niets met deze kritiek te maken hadden), teneinde er nog eens op te bezinnen. Dát de wetgever echter überhaupt met een dergelijk voorstel is gekomen, is op zich al een teken aan de wand dat het uitgangspunt van schuld aansprakelijkheid van de werkgever al tien jaar geleden geen vanzelfsprekend gegeven meer was.

De lijn die met Schuitmaker/Bruinsma Tapijt was gezet, werd inderdaad doorgetrokken ten aanzien van letselschade in het arrest Vonk Montage/Van der Hoeven.²⁸ Ook hier ging het om een arbeidsgerelateerd verkeersongeval waarvoor de werkgever geen enkele tekortkoming kon worden verweten. Dit arrest betrof de bouwvakker Van der Hoeven, die zijn collega's met het busje van de baas had opgehaald om hen naar een ver verwijderde werklocatie te vervoeren. Op weg naar deze locatie vond een eenzijdig verkeersongeval plaats waarbij diverse inzittende collega's en Van der Hoeven gewond raakten. Waarschijnlijk was dit het gevolg van een verkeersfout van Van der Hoeven; geheel duidelijk is dit nooit geworden. Door de toevallige omstandigheid dat het juist die ochtend zijn beurt was om als chauffeur te fungeren, kreeg hij vanwege deze hoedanigheid als enige geen schadevergoeding van de WAM-verzekering.

De Hoge Raad oordeelde dat, ook al was geen sprake van enige tekortkoming van de werkgever, deze als goed werkgever tóch in deze 'bijzondere omstandigheden' de schade van de werknemer diende te vergoeden omdat:

²⁷ Hartlief 2001b, p. 38.

²⁸ HR 12 januari 2001, NJ 2001, 253, LJN AA9434 (Vonc/Van der Hoeven).

“(...) een werkgever onder omstandigheden jegens zijn werknemer aansprakelijk kan zijn voor diens schade, ook al is aan de eisen van art. 7A:1638x (oud) BW respectievelijk art. 7:658 BW niet voldaan (HR 16 oktober 1992, nr. 14 721, NJ 1993, 264 en HR 22 januari 1999, nr. 16 700, NJ 1999, 534).”

Vanuit een rechtstheoretisch oogpunt is de frase “onder omstandigheden” zonder nadere toelichting allerm minst gelukkig: het kan eenvoudigweg van alles betekenen. Een plausibele verklaring zou kunnen zijn dat ‘onder omstandigheden’ een verkapt zieligheidsargument behelst: wanneer een behoorlijke verzekeringsdekking ontbreekt en de werknemer van enige schadevergoeding verstoken dreigt te blijven. Ook zou ‘onder bijzondere omstandigheden’ kunnen refereren aan het inherente gevaar van deelname aan het verkeer; waarmee echter wel de deur wordt opengezet voor een vergaande aansprakelijkheidsontwikkeling. Immers, indien deze redenering wordt voortgezet, kan evenzeer worden gesteld dat de uitoefening van de eigen werkzaamheden in het lokaal inherent gevaarlijk kan zijn. Ik kom daar later in deze paragraaf nog op terug.

Hoewel het speculatief is, kan dit verzekeringsaspect wellicht verklaren waarom de Hoge Raad tot voor kort zoveel meer sympathie had voor slachtoffers van gemotoriseerde verkeersongevallen dan voor niet-gemotoriseerde verkeersdeelnemers, zoals fietsers en voetgangers. Want mevrouw Quant, die tijdens het woon-werkverkeer van haar fiets viel, kreeg van de Hoge Raad nul op het rekest.²⁹ Toch was haar situatie niet zo wezenlijk anders dan die van Van der Hoeven – behalve ten aanzien van het gegeven dat het ongebruikelijk is om voor niet-gemotoriseerde verkeersdeelnemers verzekeringen af te sluiten, al was het maar omdat vanwege de lagere snelheid de omvang van de schade doorgaans ook zonder verzekering nog wel te ‘behappen’ valt. Ik betwijfel echter of mevrouw Quant hetzij de rechtvaardiging hetzij de rechtvaardigheid van een dergelijk onderscheid kon waarderen. Inmiddels is haar benadeelde positie echter achterhaald door het arrest St. Maatzorg De Werven/De Graaf, waarin de Hoge Raad duidelijk heeft aangegeven dat de werkgever ook een schadevergoedingsplicht heeft voor niet-gemotoriseerde werknemers die het slachtoffer zijn geworden van een (eenzijdig) verkeersongeval, hetzij op de openbare weg, hetzij op het bedrijfsterrein van de werkgever. Daarmee is gelukkig een einde gekomen aan een evidente situatie van rechtsongelijkheid.

Toch werpt de uitspraak inzake Vonk/Van der Hoeven de belangrijke vraag op wat het begrip schuldaansprakelijkheid nog betekent, indien de Hoge

²⁹ HR 16 november 2001, NJ 2002, 71, LJN AD5483 (Quant/Bergen).

Raad zelfs het meest essentiële aspect daarvan – schuld – als irrelevant afdoet. Hiermee is de grondslag van art. 7:658 BW in wezen vervallen, althans ‘onder omstandigheden’, dat wil zeggen wanneer het de rechter uitkomt. Het is moeilijk om hier iets anders in te zien dan gelegenheidsargumenten teneinde de werknemer niet met zijn arbeidsgerelateerde schade te laten bungelen maar deze schade te laten dragen door de sterkere schouders van de werkgever. Dit is ‘gouvernement des juges’ bij uitstek, in de woorden van Loonstra.

Ook het Postbode-arrest³⁰ werpt de vraag op of de schuld van de werkgever niet met gelegenheidsargumenten geconstrueerd wordt. In dit arrest rende postbode Baas impulsief een drukke weg over, een uit zijn handen weggevaarde brief achterna. Hij werd prompt aangereden door een automobilist. De Hoge Raad stelt hierover met enige formaliteit dat “art. 7:658 BW ertoe strekt te bewerkstelligen dat de werknemer tegen het oplopen van schade als in deze bepaling bedoeld wordt beschermd voor zover als *redelijkerwijs* in verband met de aard van de arbeid gevorderd kan worden (vgl. onder meer HR 24 juni 1994, NJ 1995, 137)”.³¹ In dit licht lijkt de stelling van de rechter dat PTT Post als werkgever in zijn zorgplicht was tekortgeschoten door niet voldoende veiligheidsinstructies te geven en toezicht te houden om dit te voorkomen al gauw de spreekwoordelijke stok om de hond te slaan, een vondst om schuldaansprakelijkheid van de werkgever te bereiken. Gelukkig voor Baas, natuurlijk, maar erg overtuigend is het niet. Voelt immers niet iedereen instinctief aan dat het wegwaaien van een brief uit de handen van de postbode niet of nauwelijks een tekortkoming van wie ook betreft als wel een toerekening van een beroepsrisico aan degene die het risico heeft gecreëerd, dat wil zeggen de werkgever?

In het arrest De Bont/Oudenallen is de Hoge Raad nog verder gegaan op de ingeslagen weg.³² Wederom was hier sprake van een verkeersongeval van een bouwvakker op weg naar zijn werk, derhalve tijdens woon-werkverkeer, zoals door de Hoge Raad is vastgesteld.³³ Het uit art. 7:658 BW voortvloeiende vereiste dat er sprake moet zijn van schade ontstaan in de uitoefening van de werkzaamheden wordt hier terzijde geschoven. De Hoge Raad overweegt namelijk

30 HR 19 oktober 2001, NJ 2001, 663, LJN ZC3689 (‘Postbode’).

31 In HR 9 november 2001, NJ 2002, 80, LJN ZC3677 (Meuffels/Ca-La) volgt een vrijwel letterlijk herhaling van de Postbode-formulering. De cursivering in de tekst is van mij.

32 HR 9 augustus 2002, NJ 2004, 235, LJN AE2113 (De Bont/Oudenallen). Vgl. ook Hartlief 2003, p. 3-13.

33 Wat mij bevreemd, want vanaf het moment dat hij zijn collega's oppikte op het bedrijfsterrein van zijn werkgever gehoorzaamde Oudenallen aan de opdracht van zijn werkgever en kreeg hij daarvoor betaald alsof hij die reisuren zou hebben gewerkt. Dit lijkt mij moeilijk te rijmen met de algemene geaccepteerde uitleg van een privéleven.

dat het gaat om vervoer *krachtens de verplichtingen uit de arbeidsovereenkomst en in het kader van* de voor de werkgever uit te voeren werkzaamheden.

“Daaruit vloeit voort dat de werkgever, gezien de aard van de arbeidsovereenkomst en de eisen van redelijkheid en billijkheid als bedoeld in art. 6:248 lid 1 BW, in beginsel de niet door een verzekering gedekte schade die de werknemer lijdt doordat hij tijdens vervoer als hiervoor bedoeld een verkeersongeval heeft veroorzaakt, heeft te dragen behoudens in het, zich hier niet voordoende, geval van opzet of bewuste roekeloosheid van de werknemer.”

Anders gezegd: gelet op de nauwe samenhang tussen de werkzaamheden en het ongeval mag de werkgever de werknemer niet met de schade laten zitten, maar moet hij deze schade voor zijn rekening nemen of behoorlijk verzekeren.

Maar is dit werkelijk meer dan een gezocht argument om een onwenselijke uitkomst te voorkomen, namelijk een werknemer die een arbeidsgerelateerd ongeval heeft geleden en zonder vindingrijke tussenkomst van de Hoge Raad met de schade zou achterblijven?

Argumenten als ‘de aard van de arbeidsovereenkomst’ en ‘redelijkheid en billijkheid’ kunnen niet verbloemen dat de werkgever in deze rechtszaak geen enkele reële tekortkoming in zijn zorgplicht voor de werknemer kon worden verweten. Dit geldt evenzeer voor de ‘1 februari’-arresten en twee recente arresten waarin de Hoge Raad de lijn die is uitgezet in het arrest Oudenallen/de Bont bevestigt, namelijk het Ambulance-arrest en het arrest Gündogdu/Febo.³⁴ Steeds opnieuw kiest de Hoge Raad voor de werknemer, vanuit een redenering die sterk ingegeven lijkt door het ‘zieligheidsargument’, namelijk dat indien de werkgever zich “als goed werkgever” de moeite had getroost om de werknemer behoorlijk te verzekeren, de laatste niet de zware arbeidsgerelateerde schadelast zou hoeven torsen.

Het onderscheid tussen ‘gewoon’ woon-werkverkeer, woon-werkverkeer dat daarmee op één lijn te stellen is (‘bouwvakkersverkeer’) en reguliere deelname aan het verkeer tijdens de uitoefening van de werkzaamheden maakt een geforceerde, gekunstelde indruk. Deze impressie is ook terug te vinden in de jurisprudentie, waar het een kansspel lijkt wat de rechter in dit opzicht

34 HR 1 februari 2008, JA 2008/52, LJN BB6175 (Maasman/Akzo Nobel) en HR 1 februari 2008, JA 2008/53, LJN BB4767 (Kooiker/Taxicentrale), HR 19 december 2008, JAR 2009/18, LJN BD7480 (‘Ambulance’) en HR 19 december 2008, JAR 2009/17, LJN BD7480 (Gündogdu/Febo).

zal beslissen.³⁵ De rechtszekerheid is hier niet bij gebaat. Van Nieuwstadt en Houweling vragen zich in dit kader af of er überhaupt wel enig cruciaal, juridisch relevant verschil is tussen ‘gewoon’ woon-werkverkeer en woon-werkverkeer wat daarmee op één lijn te stellen is.³⁶ Met name Houweling wijst erop dat het doolhof van juridische problemen dat volgt in het kielzog van dergelijke fijngevoelige nuances op eenvoudige en effectieve wijze kan worden vermeden door alle arbeidsgelateerde verkeersongevallen van de werknemer op één hoop te gooien, zoals art. 8 van de Belgische Arbeidsongevallenwet doet en zoals ook de Ongevallenwet destijds deed.

De algemene strekking van de voorgaande arresten lijkt als volgt te zijn. Wanneer de werkgever zijn personeel bloot stelt aan de inherente risico's van het verkeer of aan de schadelijke gevolgen van door hem georganiseerde ‘bijzondere’ activiteiten die tot ernstige zaak- en letselschade kunnen leiden, draagt hij, in aanvulling op de mogelijkheid van schuld aansprakelijkheid wegens een verwijtbare tekortkoming in zijn zorgplicht, ook een aanvullende schadevergoedingsplicht op grond van de aard van de arbeidsovereenkomst, de redelijkheid en billijkheid en het goed werkgeverschap.³⁷ Deze schadevergoedingsplicht neemt de vorm aan van een behoorlijke verzekering ten behoeve van de werknemer. Of de werkgever al dan niet verwijtbaar heeft gehandeld, lijkt daarmee niet langer van wezenlijke of doorslaggevende relevantie te zijn.

Dat is niet zo vreemd als het wellicht op het eerste gezicht lijkt. In een ‘klassieke’ lokaalsituatie heeft de werkgever het immers letterlijk voor het zeggen, alle werkzaamheden van de werknemer gebeuren onder zijn patronale oog. Maar in de moderne arbeidssituatie waarmee de ambulante werknemer dage-

35 Vgl. zeer diverse uitspraken van HR 30 november 2007, JA 2008/32, LJN BB6178 (X/NCM), HR 1 februari 2008, JA 2008/52, LJN BB6175 (Maasman/Akzo Nobel), Hof Den Haag 26 januari 2007, JAR 2007/79, LJN BA2430 (Schurink/Hassink), Hof Den Bosch 17 april 2007, JAR 2007/209, LJN BB2438 (Hendriks/Autoster Bergen), Hof Den Haag 14 maart 2008, LJN BC7692 (X/Japan Airlines), Ktr. Maastricht 18 januari 2006, JAR 2006/62, LJN AV4659 (KAV/De Veer).

36 Van Nieuwstadt 2008, p. 13 en Houweling 2009, p. 36.

37 In HR 1 februari 2008, JA 2008/52, LJN BB6175 (Maasman/Akzo Nobel) geeft de Hoge Raad expliciet aan dat de verzekeringsplicht van de werkgever bestaat naast zijn uit art. 7:658 BW voortvloeiende zorgplicht. Art. 7:611 BW is derhalve niet ondergeschikt aan art. 7:658 BW. Maar in de rechtspraak is het begrijpelijk, met name met het oog op de meer voordelige bewijslast en de betrekkelijke nieuwigheid van de verzekeringsplicht, dat eerst wordt bezien of de werkgever zijn zorgplicht ex art. 7:658 BW heeft geschonden; is dat niet het geval, dan kan ‘altijd nog’ naar art. 7:611 BW gewend worden. Ook kan beargumenteerd worden dat de verzekeringsplicht thans een deel vormt van de algemene zorgplicht van de werkgever ex art. 7:658 BW, zoals het Hof Arnhem heeft besloten op 23 september 2008, JA 2009/74, LJN BH1948 (Licotec/X) in een situatie die veel gelijkenis vertoont met Vonk Montage/Van der Hoeven.

lijks geconfronteerd wordt, is geen sprake meer van feitelijke zeggenschap of van realistisch toezicht van de werkgever. Zoals Hartlief het kernachtig fraseert: van een reële zorgplicht van de werkgever is tijdens de uitoefening van de werkzaamheden in het verkeer geen sprake.³⁸ Maar dit euvel kan in redelijkheid niet worden afgeschoven op de werknemer.

De voorgenoemde ontwikkelingen laten zien dat het tijdperk van De Kok/Jansen's Schoonmaakbedrijven in de zin van 'geen schuld, dan ook geen schadevergoedingsplicht' nu achter ons ligt. Het is nu eerder andersom: geen schuld, maar wel een schadevergoedingsplicht. Wanneer de rechterlijke macht stelt dat de werkgever ook aansprakelijk is voor (verkeers-)schade die de werknemer heeft geleden zónder dat sprake is van een noodzakelijke verwijtbare tekortkoming – en zoals hierboven is aangevoerd, is dit reeds bij herhaling en op diverse grondslagen door de Hoge Raad aanvaard – dan is dit een teken aan de wand dat het tijdperk van schuldaansprakelijkheid voorbij is en de invoering van risicoaansprakelijkheid al óver tijd is.

Hoewel de argumenten uit de rechtspraak enigszins de indruk wekken er met de haren bij te zijn gesleept om een specifiek resultaat te bewerkstelligen, komt het resultaat toch billijk over. Het siert de rechterlijke macht dat zij niet vasthoudt aan het juridische vereiste van een verwijtbare tekortkoming die onder die (verkeers-)omstandigheden niet meer dan een fictie is, terwijl het fysieke gevaar van de werknemer op de openbare weg uiterst reëel is. In zoverre heeft in de juridische literatuur ook geen bezwaar geklonken tegen de (on-)rechtvaardigheid van de onderhavige uitspraken. Immers, is het werkelijk redelijk om te accepteren dat een werkgever, die per slot van rekening uit vermoedelijk lucratieve overwegingen de invulling van de functie heeft bepaald en daarmee ook de (verkeers-)risico's die daarmee gepaard gaan, heeft aanvaard, bij gebrek aan schuld de civielrechtelijke risico's van zijn keuze op de werknemer kan afschuiven? Het komt mij voor dat het maatschappelijke rechtsgevoel onmiddellijk zal bevestigen dat bedrijfsrisico's door het bedrijf (oftewel de werkgever) behoren te worden gedragen, niet door de werknemer die ze riskeert.³⁹

Toch geven deze uitspraken aanleiding tot een belangrijke vraag voor de rechterlijke macht en de wetgever. Indien de werkgever gehouden kan zijn tot een verzekeringsplicht voor werknemers die deelnemen aan het verkeer; indien deze verzekeringsplicht zelfs opgerecht kan worden tot werknemers die zich feitelijk in het woon-werkverkeer begeven en derhalve geen werk-

³⁸ Hartlief 2003, p. 5.

³⁹ Waterman 2003b, p. 51.

zaamheden uitvoeren (zelfs als deze verkeersdeelname ‘op één lijn te stellen is’ met werkverkeer, wat eigenlijk toch een juridische fictie is) en tot werknemers die buiten werktijd deelnemen aan door de werkgever georganiseerde activiteiten die evenmin kunnen worden gekwalificeerd als uitoefening van de werkzaamheden – *hoe zit het dan met alle overige werknemers?* Wat is de rechtvaardiging dat werknemers die niet deelnemen aan het verkeer of aan bedrijfsfeestjes maar gewoon hun alledaagse werk doen, met alle inherente en bijzondere gevaren van dien, *geen* beroep kunnen doen op een verzekeringsplicht van de werkgever ten aanzien van hun werkzaamheden? De rechtspraak is ruimschoots voorzien van uitspraken waarin bijvoorbeeld glazenwassers en hijskraanmachinisten van hun ladders vallen met zwaar letsel tot gevolg; maar hoewel het gaat om ernstige en verzekerbare risico’s die door de werkgever in het leven zijn geroepen, krijgt de gelaedeerde werknemer die slechts zijn werk deed bij gebrek aan een aantoonbare tekortkoming van de werkgever géén schadevergoeding. Hij is tot in lengte van jaren aangewezen op de schrale zorg van de sociale zekerheid.⁴⁰ Veelal wordt een dergelijke uitkomst afgedaan als ‘een ongelukkige samenloop’ van omstandigheden. Ongelukkig is het zeker; en ik zou niet graag aan de hijskraanmachinist, die van de ladder naar zijn hoge werkplek slipte en 12 meter naar beneden is gevallen, uitleggen waarom hij geen schadevergoeding krijgt voor zijn schedelbasisfractuur en schedelkneuzing, maar de werkneemster die op een vrije dag ging rolschaatsen bij haar baas en daarbij haar pols brak, wel. Van Dijk vat deze situatie als volgt samen: “Het huidige systeem leidt ertoe dat in vergelijkbare situaties de werknemer buiten de werkplek op de voet van art. 7:611 BW te hulp wordt geschoten en op de werkplek als in beginsel slechts art. 7:658 BW toepassing vindt, bot vangt.”⁴¹

Dat deze ontwikkeling stapje voor stapje zo is ontstaan, is begrijpelijk; maar nu doet zich een ernstige achterstelling voor waar, meen ik, geen enkele rechtvaardiging voor te bedenken valt. Dit betekent dat deze situatie spoedig gerepareerd moet worden. Hier ligt een taak voor de rechter, maar liever nog voor de wetgever. Heerma van Voss ziet in deze ontwikkeling de rechterlijke macht als plaatsvervangende wetgever, die de zorgplicht van art. 7:658 BW aanvult.⁴² Feitelijk heeft hij daar duidelijk gelijk in: de rechterlijke macht

⁴⁰ Vgl. Hof Den Haag 13 januari 2006, JA 2006/82, LJN AV4652 (X/Mercuri Urval) betreffende een overval op het werk; Hof Den Haag 7 juli 2006, JA 2006, 123 (X/Kalmar Solutions) waar een hijskraanmachinist tijdens de beklimming van de onbeschermd ladder van de havenkraan, terwijl hij met één hand zijn gereedschap aan een touw meetorst, vanaf een hoogte van 12 meter naar beneden stort en zijn schedel breekt; en Ktr. Emmen 10 september 2008, JA 2009/42 (X/RST Bouwsystemen).

⁴¹ Van Dijk 2009, p. 14.

⁴² Heerma van Voss 2007, p. 17.

treedt onmiskenbaar in deze zin op en handhaaft daarmee de beschermingsgedachte die aan de oorsprong van art. 7A:1638x oud-BW ten grondslag ligt. Dat is geen verwijt aan het adres van de rechterlijke macht, allerm minst. Maar het is ook geen reden om de ogen te sluiten voor het feit dat de rechterlijke macht hier haar bevoegdheid heeft overschreden. Loonstra geeft terecht aan dat het niet aan de Hoge Raad, maar aan de wetgever is om art. 7:658 BW aan te passen.⁴³ Zeker daar het hier immers niet speelt om een kleine verfijning of nuance, maar de essentie van het werkgeversaansprakelijkheidsrecht op zijn kop wordt gezet.

Kortom: de zet is nu aan de wetgever, die zijn verantwoordelijkheid als zodanig moet nemen. Daarmee zou dan in ieder geval voldaan zijn aan de verplichtingen uit IAO-verdrag 121, terwijl ook wordt voldaan aan een groeiende maatschappelijke behoefte aan inkomensbescherming naar aanleiding van dergelijke ongevallen.

Zoals de volgende paragraaf zal laten zien, is binnen het werkgeversaansprakelijkheidsrecht het accent niet alleen verschoven van schuldaansprakelijkheid naar risicoaansprakelijkheid, maar ook naar de invoering van een schadeverzekeringsplicht van de werkgever.

2.3.2 *Het belang van behoorlijke verzekering*

Zoals wij – zijdelings – reeds gezien hebben in het kader van de verschuiving van schuldaansprakelijkheid naar risicoaansprakelijkheid in de jurisprudentie, heeft de Hoge Raad een verzekeringsplicht van de werkgever in het leven geroepen. Omwille van de nieuwe context van deze paragraaf laat ik de reeds genoemde arresten, Schuitmaker, Vonk Montage en De Bont, nog even kort de revue passeren.

De eerste aanzet tot een verzekeringsplicht van de werkgever was te vinden in het Schuitmaker/Bruinsma Tapijt-arrest uit 1992.⁴⁴ Hierin bepaalde de Hoge Raad dat werkgever Bruinsma Tapijt BV aansprakelijk was voor de schade van werknemer Schuitmaker, tenzij een kilometervergoeding was verstrekt aan Schuitmaker met daarin een expliciet benoemd bestanddeel voor het afsluiten van een cascochadeverzekering.⁴⁵ Als grondslagen voor deze verplichting

⁴³ Loonstra 2003, p. 112.

⁴⁴ HR 16 oktober 1992, NJ 1993, 264, LJN ZC0717 (Schuitmaker/Bruinsma Tapijt).

⁴⁵ Uiteraard ook behoudens opzet of bewuste roekeloosheid, waarvan geen sprake was. Vreemd genoeg leidde dit arrest niet tot veel activiteit in de verzekeringswereld; integendeel, zij voelde zich later 'verrast' door het arrest Vonk/Van der Hoeven. Kennelijk hadden verzekeraars de implicaties van het Schuitmaker-arrest niet helemaal begrepen.

noemde de Hoge Raad het wettelijk stelsel en de eisen van de redelijkheid en billijkheid in relatie tot de aard van de arbeidsovereenkomst.

In 2001 herhaalde de Hoge Raad dit standpunt in zijn arrest Vonk Montage/Van der Hoeven, met als enig verschil dat ditmaal de grondslag voor aansprakelijkheid van de werkgever werd gevonden in het goed werkgeverschap ex art. 7:611 BW.⁴⁶ In 2002 stelde de Hoge Raad onomwonden naar aanleiding van het verkeersongeval van De Bont, waarvoor zijn werkgever geen verwijt treft, dat *desondanks* “(...) de werkgever (...) in beginsel de niet door een verzekering gedekte schade die de werknemer lijdt doordat hij tijdens vervoer als hiervoor bedoeld een verkeersongeval heeft veroorzaakt, heeft te dragen (...)”.⁴⁷ Ook hier speelt het aspect van verzekering opnieuw mee, namelijk de vraag of het voor De Bont als werknemer duidelijk was dat de onkostenvergoeding die hij voor het autorijden ontving expliciet door zijn werkgever Oudenallen bestemd was om zelf een adequate first-partyverzekering mee af te sluiten. Met name de ontkennende conclusie van de rechter op dit punt leidde tot de aansprakelijkheid van de werkgever.

In 2005 raakt het vraagstuk van de verzekeringsplicht van de werkgever in een stroomversnelling. In het arrest KLM/De Kuijer maakte de Hoge Raad duidelijk dat, wanneer art. 7:658 BW geen verhaalsmogelijkheid voor de werknemer biedt, een door de werkgever betaalde ‘adequate verzekering’ en zijn aansprakelijkheid op grond van goed werkgeverschap of redelijkheid en billijkheid elkaar wederzijds uitsluiten. Geen adequate verzekering, dan is de werkgever alsnog aansprakelijk; en andersom. Het gaat hier om piloot De Kuijer die tijdens de verplichte rusttijd tussen de heen- en weervlucht in Ivoorkust als klant van een taxidienst betrokken raakte bij een verkeersongeval en daardoor een hoge dwarslaesie kreeg. Zijn verhaalskansen op de aansprakelijke partij waren vanuit een realistisch oogpunt nihil. Het Hof oordeelde dat:

“(...) de arbeidsovereenkomst, waarvan de inhoud onder meer wordt bepaald door het goed werkgeverschap, met zich brengt dat de werkgever:

- maatregelen neemt lokale risico's tot een minimum terug te brengen;
- althans deze risico's voor haar rekening neemt, eventueel door het afsluiten van een adequate verzekering;
- althans effectief waarschuwt voor de bijzondere risico's en de mogelijke gevolgen daarvan onder de mededeling dat die risico's voor rekening van

⁴⁶ HR 12 januari 2001, NJ 2001, 253, LJN AA9434 (Vonc/Van der Hoeven).

⁴⁷ HR 9 augustus 2002, NJ 2004, 235, LJN AE2113 (De Bont/Oudenallen).

de betrokken medewerkers blijven en onder aanbieding van een adequate verzekering.”⁴⁸

Het komt billijk voor om de wachttijd aan te merken als een verplichting die voortvloeit uit de arbeidsovereenkomst: de wachttijd was immers onmiskenbaar inherent aan de voor de werkgever uit te voeren werkzaamheden. Dit rechtvaardigt, zoals ook het Hof heeft gemeend, dat ook tijdens deze ‘privéperiode’ KLM zich als een goed werkgever jegens zijn piloot diende te gedragen. In het licht van de voorgaande paragraaf wekt dit oordeel weinig verwondering: waar de werkgever zijn zorgplicht niet feitelijk kan waarmaken door toezicht te houden, instructie te geven, etc., lijkt het al vaste rechtspraak te zijn dat de werkgever ‘dan maar’ op andere wijze de arbeidsgerelateerde schade voor zijn rekening moet nemen, liever dan deze te laten rusten bij de werknemer.

In cassatie staat de vraag centraal of KLM als goed werkgever De Kuijer een ongevallenverzekering heeft aangeboden en hem op effectieve wijze heeft gewaarschuwd om zo’n verzekering te sluiten. De Hoge Raad poneert:

“(...) de arbeidsovereenkomst, waarvan de inhoud mede wordt bepaald door de eisen van goed werkgeverschap, [kan] in de gegeven omstandigheden onder meer (...) meebrengen dat KLM de hier aan de orde zijnde risico’s voor haar rekening neemt, eventueel door het sluiten van een adequate verzekering.”

Het leek er destijds op dat de werkgever kon volstaan door duidelijk op het belang van zo’n verzekering te wijzen. Van Boom meende dan ook, met verwijzing naar het Jetblast-arrest, dat de waarschuwing van de werkgever om een adequate verzekering te nemen ‘duidelijk en prominent’ moest zijn: de doordringendheid van de waarschuwing over het belang van zo’n verzekering mocht niets te wensen over laten.⁴⁹ Inmiddels lijkt dit echter een gepasseerd station te zijn, nu de Hoge Raad in het Maasman/Akzo Nobel-arrest stelt dat de werkgever ‘is gehouden’ om zorg te dragen voor een behoorlijke verze-

⁴⁸ HR 18 maart 2005, JAR 2005/100, LJN AR6669 (KLM/De Kuijer), r.o. 3.6.2 met citaat van de uitspraak van het Hof (r.o. 4.5). Een vergelijkbare casus met dito uitkomst is Rb. Alkmaar 25 januari 2006, JAR 2006/43, LJN AV0785 (X/Martinair), waarin Martinair als werkgever aansprakelijk wordt gehouden voor de onverzekerde stewardess die tijdens een stop-over in Cuba een ongeval met een golfkarretje krijgt. Vgl. ook Ktr. Beetsterzwaag 12 juni 2001, Prg. 2001, 5714, LJN AD4718 (Nicolai-Van der Veen/Maartenswouden) waarin een verpleegster door haar jonge patiënt werd geschopt met letsel als gevolg. De Kantonrechter oordeelde hierover onomwonden dat een dergelijk “(...) meer dan gemiddeld risico van onvoorspelbaar en schadeveroorzakend gedrag (...) voor rekening van de werkgever” behoort te blijven.

⁴⁹ HR 28 mei 2004, NJ 2005, 105, LJN AO4224 (‘Jetblast’) en Ktr. Zaandam 21 december 1995, JAR 1996/172, LJN AG1230 (Semedo/Marvelo). Vgl. ook Van Boom 2006a, p. 70.

kering, in plaats van dat dit aan de orde ‘kan’ zijn, wat nog enige ruimte en vrijblijvendheid suggereert.⁵⁰ De nieuwe formulering in het Maasman/Akzo Nobel-arrest verlangt daadkrachtig optreden van de werkgever zelf ten aanzien van de verzekering:

“De aan het gemotoriseerde verkeer verbonden, door velen met grote regelmaat gelopen, risico’s van ongevallen hebben mettertijd geleid tot een goede verzekerbaarheid van deze risico’s tegen betaalbare premies. In het licht hiervan moet, in het verlengde van hetgeen is overwogen in de arresten van 2001 en 2002 worden geoordeeld dat de werkgever uit hoofde van zijn verplichting zich als een goed werkgever te gedragen, gehouden is zorg te dragen voor een behoorlijke verzekering van werknemers wier werkzaamheden ertoe kunnen leiden dat zij als bestuurder van een motorvoertuig betrokken raken bij een verkeersongeval.”

Deze arresten maken duidelijk dat de werkgever aansprakelijk is voor de arbeidsgelateerde verkeersongevallen van de werknemer – of die aansprakelijkheid nu is gebaseerd op grond van zijn zorgplicht, goed werkgeverschap of redelijkheid en billijkheid – *tenzij* hij de werknemer indringend adviseert om op kosten van de werkgever een adequate schadeverzekering tegen letselschade aan te schaffen. Sterker nog, uit de combinatie van het KLM- en het Maasman-arrest kan worden afgeleid dat de werkgever ‘gehouden’ is voor een behoorlijke verzekering te zorgen. De term ‘gehouden’ suggereert, zo komt mij voor, meer dan ‘slechts’ ter zake adviseren of geld ter beschikking stellen voor een verzekering; het impliceert een actieve, concrete invulling van de zorgplicht.⁵¹

In het ‘Rolschaatsworkshop’-arrest van 17 april 2009 heeft de Hoge Raad de reikwijdte van de verzekeringsplicht van de werkgever in belangrijke mate uitgebreid door daar ook ‘oneigenlijke’ arbeidsgelateerde activiteiten onder te scharen. De casus betreft een werkneemster die op uitnodiging van de werkgever buiten werktijd deelnam aan een cursus rolschaatsdansen in de hal van het kantoorpand van de werkgever. Daarbij kwam zij ongelukkig ten val kwam. De Hoge Raad stelt:

50 HR 1 februari 2008, JA 2008/52, LJN BB6175 (Maasman/Akzo Nobel). Idem HR 1 februari 2008, JA 2008/53, LJN BB4767 (Kooiker/Taxicentrale).

51 Dan moet er natuurlijk wel een passende verzekering voorhanden zijn. In dit licht is het opmerkelijk dat diverse verzekeraars de aansprakelijkheid van de werkgever uit hoofde van goed werkgeverschap uitsluiten van hun AVB-verzekering. Ik veronderstel dat, naarmate de marktvraag naar een AVB-verzekering die art. 7:611 BW mede dekt, toeneemt, dit ook voor het aanbod zal gelden.

“Evenwel kan een werkgever ook aansprakelijk zijn voor de schadelijke gevolgen van een aan zijn werknemer buiten de uitoefening van diens werkzaamheden overkomen ongeval, indien die schade (mede) is ontstaan doordat de werkgever, beoordeeld naar de bijzondere omstandigheden van het geval, zich niet overeenkomstig art. 7:611 BW heeft gedragen als een goed werkgever. Daarbij geldt dat een werkgever die voor zijn personeel een activiteit organiseert of doet organiseren waaraan een bijzonder risico op schade voor de deelnemende werknemers verbonden is, uit hoofde van de eisen van goed werkgeverschap gehouden is de ter voorkoming van die schade redelijkerwijs van hem te verlangen zorg te betrachten.”⁵²

Hieruit kunnen twee conclusies worden afgeleid. Ten eerste, dat de zorgplicht van de werkgever uit hoofde van art. 7:611 BW om zijn werknemers te verzekeren niet meer alleen betrekking heeft op verkeersongevallen, maar ook op alles wat als een ‘bijzondere omstandigheid’ kan worden gekwalificeerd. Dat kunnen bijvoorbeeld bedrijfsuitjes, bedrijfsfeesten, bedrijfssportdagen en andere werkgerelateerde activiteiten zijn, ook wanneer zij buiten werktijd of buiten de werkplek plaatsvinden of (met name) niet de contractuele werkzaamheden betreffen. Ook bijzondere gevaren die eigen zijn aan de aard van het werk zouden hier mogelijk onder kunnen vallen, zoals bijvoorbeeld letsel als gevolg van een overval op de werkplek.⁵³ Ten tweede dat, gelet op de expliciete frasering “ter voorkoming van die schade”, de verzekeringsplicht het karakter draagt van een – kennelijk in redelijkheid te vergen – preventieve maatregel.

Het ‘Rolschaatsworkshop’-arrest vormt juist door de afwijking van verkeersongevallen een belangrijk precedent: menige werknemer heeft al zijn vordering tot schadevergoeding op grond van art. 7:611 BW zien mislukken omdat de rechter heeft gemeend dat de nieuwe verzekeringsplicht van de werkgever ‘alleen maar’ betrekking had op verkeersongevallen. Ook leidt deze uitbreiding tot de vraag: indien de werkgever als goed werkgever gehouden is om ter voorkoming van schade een verzekering af te sluiten ten aanzien van activiteiten c.q. ‘bijzondere omstandigheden’ die buiten de uitoefening van de werkzaamheden vallen, hoe dicht zijn wij dan niet al gekomen tot een zelfde verzekeringsplicht voor activiteiten die wél de werkzaamheden betreffen maar waar de werkgever geen schuld ex art. 7:658 BW treft? Het is werkelijk

52 HR 17 april 2009, JAR 2009/128, LJN BH1996 (‘Rolschaatsworkshop’), vgl. Waterman 2009.

53 In dat geval is deze uitspraak een vroege voorloper: Ktr. Rotterdam 8 mei 2008, NJF 2008, 432 (X/Bas van der Heijden).

nog maar een klein stapje wat overblijft – maar een grote stap dichterbij risicoaansprakelijkheid.

De voor de hand liggende vraag die volgt is: wat voor soort verzekering moet een ‘behoorlijke’ verzekering zijn? In het KLM-arrest suggereert de Hoge Raad eigenlijk alleen dat de werknemer zichzelf moet (kunnen) verzekeren op kosten van de werkgever, zodat sprake zou zijn van een first party verzekering tegen schade. In het Maasman-arrest lijkt de Hoge Raad echter alle opties open te houden, zolang maar sprake is van enigerlei verzekering die ‘behoorlijk’ is. Ook een directe verzekering lijkt dus tot de mogelijkheden te behoren. Wat ‘behoorlijk’ is, moet van geval tot geval nader worden vastgesteld met inachtneming van alle omstandigheden van het geval.⁵⁴

Uit de zogenaamde 1 februari-arresten kan het een en ander worden afgeleid over de hoogte en de dekking van de behoorlijke verzekering.⁵⁵ Zo mag de premie van de verzekering niet zodanig duur zijn dat die niet in redelijkheid van de werkgever kan worden geleverd. Ook moet de polis naar de heersende maatschappelijke opvattingen een behoorlijke dekking bieden voor zowel de aard als de omvang van de schade. De werkgever die verzuimd heeft zorg te dragen voor een adequate verzekering, heeft in beginsel de onverzekerde schade van de werknemer te dragen, maar niet voor een hoger bedrag dan door de verzekering zou zijn gedekt. Pijnlijk is dat deze verzekeringslimiet kan de onverzekerde werkgever zich dus niet stoten. Voor het overige laat de Hoge Raad iedere formele vorm van invulling van de ‘behoorlijke’ verzekering in het midden.⁵⁶ Wellicht is dat ook verstandig wanneer het de bedoeling zou zijn dat politici zich over deze vraag zouden buigen: dan hebben zij in ieder geval een vrij speelveld.

Dan de materiële vraag: wat moet de ‘adequate’ verzekering inhoudelijk dekken? Wanneer de omstandigheden van het KLM-arrest en het Rolschaats-workshop-arrest enigszins worden geabstraheerd, lijkt de Hoge Raad een verzekeringsplicht van de werkgever aan te nemen voor activiteiten van de werknemer die:

-
- 54 HR 1 februari 2008, JA 2008/52, LJN BB6175 (Maasman/Akzo Nobel) en HR 1 februari 2008, JA 2008/53, LJN BB4767 (Kooiker/Taxicentrale). Het vereiste dat de verzekering adequaat is naar “heersende maatschappelijke opvattingen”, is zo vaag dat het er in de praktijk op zal neerkomen welke advocaat zich beter in de materie van polissen heeft verdiept – wat toch niet helemaal hetzelfde is.
- 55 HR 1 februari 2008, JA 2008/53, LJN BB4767 (Kooiker/Taxicentrale) met verwijzing naar HR 9 augustus 2002, NJ 2004, 235, LJN AE2113 (De Bont/Oudenallen). Vgl. Van Boom e.a. 2008, p. 57-58.
- 56 Van Boom 2006a, p. 67, waarin hij een scala van vragen opwerpt.

- niet direct de overeengekomen werkzaamheden betreffen, derhalve in strikte zin geen contractuele activiteiten zijn;
- maar desondanks nauw verbonden zijn met de aard van c.q. de vervulling van de arbeidsovereenkomst ('bijzondere omstandigheden');
- niet binnen de reikwijdte van de zeggenschap van de werkgever vallen (en in beginsel dus ook niet tot aansprakelijkheid ex art. 7:658 BW zullen leiden);
- een 'bijzonder risico op schade' voor de werknemer inhouden;
- en kunnen leiden tot een potentieel schrijnende financiële situatie voor de werknemer.

Diverse kanttekeningen zijn hier mogelijk. Ten eerste dat, opmerkelijk genoeg, niet met zoveel woorden uit een van beide arresten kan worden afgeleid dat de verzekeringplicht ook de reguliere, dat wil zeggen de contractuele werkzaamheden van de werknemer betreft. Vanuit een praktisch oogpunt lijkt het echter bizar om wel de niet-contractuele activiteiten van de werknemer te verzekeren maar niet diens reguliere werkzaamheden zoals zij omschreven zijn in de arbeidsovereenkomst. Wanneer onduidelijkheid zou bestaan over de aard van het risico wat zich ten koste van de werknemer heeft verwezenlijkt, zou de werknemer mogelijk tussen wal en schip kunnen vallen; dat is niet te verenigen met de duidelijke beschermingsgedachte die de Hoge Raad voor de werknemer koestert. Deze redenering suggereert dat de verzekering dekking moet bieden voor *beide* soorten risico's: zowel de risico's die evident tot de werkzaamheden behoren als die, welke in een ruimere zin binnen de arbeidssfeer vallen. De consequenties van deze gedachtegang zijn niet gering en brengen mij tot een tweede kanttekening.

Indien mag worden aanvaard dat de verzekeringsplicht verder reikt dan de contractuele werkzaamheden – zoals het Rolschaatsworkshop-arrest bevestigt – en ook de risico's omvat die samenhangen met de vervulling van de arbeidsovereenkomst, hoever reiken die te verzekeren risico's dan? Ook hier val ik terug op de Hoge Raad, die in het Maasman-arrest duidelijk aangeeft dat een activiteit waarvoor een verzekeringsplicht geldt, tenminste 'goed' (ik begrijp: binnen een breed aanbod van verzekeringen) verzekeraar moet zijn tegen betaalbare premies. Dat is niet meer dan logisch: het zou vreemd zijn om de werkgever te verplichten tot een verzekering voor een activiteit waarvoor op de verzekeringsmarkt geen dekking te verkrijgen is. Deze verzekeraarbaarheid gaat, zo geeft de Hoge Raad in het Maasman-arrest te kennen, in ieder geval op ten aanzien van (arbeidsgerelateerde) deelname als bestuurder van een motorvoertuig aan het verkeer. Dat geeft al wat houvast.

Maar wanneer de Hoge Raad gemotoriseerde verkeersdeelname noemt als concreet voorbeeld van een verzekeringsplicht, is daarmee geenszins gesteld of gesuggereerd dat andere werknemers dan deelnemers aan het verkeer (als te dekken onderwerp) van een verzekeringsplicht zijn uitgesloten. Het hiervoor besproken Rolschaatsworkshop-arrest heeft dit al duidelijk gemaakt: de verzekeringsplicht geldt voor *alle* werknemers die door hun werkgever buiten de uitoefening van hun werkzaamheden aan een bijzonder risico worden blootgesteld. Het valt ook moeilijk in te zien waarom de werkgever vanwege potentieel schrijnende situaties wel een verzekeringsplicht zou hebben voor werknemers-bestuurders, maar niet voor niet-gemotoriseerde werknemers die deelnemen aan het verkeer en evenzeer vanwege een arbeidsgerelateerd verkeersongeval in een schrijnende situatie terecht kunnen komen of voor werknemers die überhaupt niet deelnemen aan het verkeer wanneer zij het slachtoffer worden van een 'bijzonder risico'. Dat zou effectief betekenen dat een vrachtwagenchauffeur wél op een verzekering kan terugvallen, maar een postbode op de fiets of een docent die zijn schoolklas te voet begeleidt niet – terwijl de postbode en de schooldocent vanwege hun grotere kwetsbaarheid wellicht meer behoefte hebben aan een behoorlijke verzekering.

Dit argument leidt onmiddellijk tot een derde kanttekening. Uit de formulering van de Hoge Raad in het Maasman-arrest en het Kooiker/Taxicentrale-arrest kan niet worden afgeleid dat de verzekeringsplicht van de werkgever beperkt zou moeten blijven tot arbeidsgerelateerde *verkeersrisico's*. Het Rolschaatsworkshop-arrest verduidelijkt dit nog verder. Opnieuw lijkt een rechtvaardiging moeilijk te vinden om te verklaren waarom gemotoriseerde werknemers een betere verhaalspositie zouden hebben dan werknemers die hun werk stationair verrichten in het 'lokaal' van de werkgever of arbeidsgerelateerde activiteiten verrichten op verzoek of uitnodiging van de werkgever. Ook zij kunnen immers evenzeer het slachtoffer worden van een goed verzekeraar en duidelijk, nauw met de aard c.q. de vervulling van de arbeidsovereenkomst verbonden risico dat niet binnen de zeggenschapsfeer van de werkgever valt en kan leiden tot een financieel schrijnende situatie. Het lijkt niet aannemelijk dat de Hoge Raad zulke evidente rechtsongelijkheid voor ogen staat.⁵⁷

In het verlengde van deze kanttekening volgt ook de gedachte dat, indien de werkgever een verzekeringsplicht heeft ten aanzien van verkeersrisico's die, strikt gesproken, geen deel uitmaken van de contractuele werkzaamheden, deze verzekeringsplicht wellicht ook van toepassing kan zijn op andere, non-contractuele activiteiten die een nauwe relatie vertonen met de aard c.q.

57 Vgl. Hartlief 2001b, p. 107-108, Waterman 2003b, p. 59 en Vegter 2009, p. 6.

de vervulling van de arbeidsovereenkomst. Wat te denken van bijvoorbeeld het reeds genoemde ‘vrijwillige verplichte’ bedrijfsfeest zoals aan de orde in het ‘Rolschaatsworkshop’-arrest of de bedrijfssportdag waar, zo blijkt uit de jurisprudentie, ongevallen ook geen onbekend verschijnsel zijn?⁵⁸ Of, met verwijzing naar de zaak van de reeds eerder genoemde werknemer die het slachtoffer werd van een gewelddadige inbreker, de werknemers die arbeidsongeschikt raken als gevolg van toenemende agressie en geweld van derden op de werkplek?⁵⁹

Kortom: wanneer de verplichting van de werkgever om te voorzien in een behoorlijke verzekering tot haar logisch beredeneerde einde wordt gevolgd, betekent dit effectief een verzekeringsplicht voor alle werknemers ten aanzien van alle activiteiten die deel uitmaken van of nauw samenhangen met de vervulling van de arbeidsovereenkomst. Dit wekt weinig verwondering in het licht van de reeds eerder geconstateerde effectieve c.q. wenselijke risico-aansprakelijkheid die in de voorgaande paragraaf is besproken.

Het komt wenselijk voor dat de wetgever deze ontwikkelingen nauwgezet volgt en zelfs, waar nodig, ingrijpt. Beter nog zou zijn dat de wetgever hierin het voortouw neemt. Anders dreigt de ontwikkeling dat verzekeraars risicovolle beroepen of activiteiten uitsluiten van hun AVB-verzekeringen en daarmee juist de financiële zekerheid die door een verzekering wordt geboden, zowel voor werkgever als werknemer in het water valt. Ook ten aanzien van definities in de polis lijkt ingrijpen van de wetgever wenselijk: zo wijst Van Boom op het feit dat sommige AVB-verzekeraars nu al expliciet alleen dekking bieden voor aansprakelijkheid wegens onrechtmatige daad en/of wegens toerekenbare tekortkoming in de nakoming van een verbintenis en aansprakelijkheid op grond van goed werkgeverschap uitdrukkelijk uitsluiten. Dat zou in de praktijk betekenen dat de heren Van der Hoeven, De Bont en De Kuijer en hun opvolgers geen schadevergoeding zouden ontvangen (althans niet van een verzekeraar) omdat de grondslag daarvoor van de polis is uitgesloten. Wat de Hoge Raad ook onder een ‘behoorlijke verzekering’ moge verstaan, gelet op zijn rechtlijnige uitspraken behoort daar op zijn minst dekking bij voor aansprakelijkheid op grond van goed werkgeverschap.⁶⁰

In dit kader is ook de relatie tot de sociale zekerheid van groot belang: moet de gelaedeerde werknemer eerst zijn verzekeringsuitkering ‘opeten’ voordat

58 HR 17 april 2009, JAR 2009/128, LJN BH1996 (‘Rolschaatsworkshop’), vgl. Waterman 2009.

59 Denk bijvoorbeeld aan de kwetsbare positie van werknemers als buschauffeurs en treinconducteurs.

60 Van Boom 2006a, p. 72.

hij (minimale) sociale zekerheid mag ontvangen? Indien het antwoord op die vraag 'ja' luidt, heeft hij weinig persoonlijk voordeel bij het regelen van een verzekering, terwijl een 'aanvullende' uitkering van de verzekeraar juist zijn levensstandaard (min of meer) op het gewone peil zou houden.

Ook lijkt het, gelet op de voorgaande jurisprudentie, voor de hand te liggen dat verkeersongevallen in ruime zin onder de dekking van de adequate verzekering zullen vallen. Daar zijn ook diverse aanvullende redenen voor aan te voeren. Het dekken van beide vormen van verkeersongevallen (werkverkeer en woon-werkverkeer) zou veel rechtsonzekerheid en gerechtelijke procedures voorkomen. Ook politiek lijkt dit niet onhaalbaar te zijn, gelet op het reeds genoemde wetsvoorstel Verkeersongevallen en het advies van de Adviescommissie Arbeidsongeschiktheid. De Hoge Raad lijkt in het arrest X/NCM te suggereren dat ook ritten van huis naar een andere werkplek dan de reguliere werkplek onder de verzekeringsplicht van de werkgever vallen, hoewel dit erg dicht tegen woon-werkverkeer aanligt.⁶¹ (Sterker nog, ik zie niet een verschil van wezenlijke aard.) Maar met name verdragsrechtelijk ligt het voor de hand dat beide soorten verkeersongevallen binnen de dekking van een 'adequate verzekering' vallen. Ik wijs in dit kader op art. 7 van IAO-verdrag nr. 121 ('Employment Injury Benefits Convention 1964'), waarin Nederland als partij bij dit verdrag wordt opgedragen om voorwaarden te stellen op grond waarvan kan worden beoordeeld of een 'commuting accident' een arbeidsongeval is.

Met het oog op de reeds verdedigde invoering van risicoaansprakelijkheid voor verkeersongevallen van de werknemer in de uitoefening van de werkzaamheden en de soms vage grens tussen werkzaamheden en de privésfeer verdient het overweging om ook de woon-werkverkeersongevallen onder te brengen in de risicoaansprakelijkheid van de werkgever, althans daar een wettelijke regeling voor te treffen. Daarmee is in ieder geval voldaan aan de IAO-verplichting, terwijl dit ook voldoet aan de groeiende behoefte aan inkomensbescherming naar aanleiding van dergelijke ongevallen.⁶²

61 HR 30 november 2007, JA 2008/32, LJN BB6178 (X/NCM). Persoonlijk vind ik dit een onbegrijpelijk arrest. Het stond namelijk in rechte vast dat de werknemer/bestuurder de reistijd als overuren mocht declareren – hoe is dit vervoer dan niet te kwalificeren als vervoer dat krachtens de arbeidsovereenkomst plaatsvindt in de zin van Vonk Montage/Van der Hoeven? In de noot bij dit arrest vermelden Van Orsouw en Potharst een scala van uitspraken betreffende vergelijkbare arbeidsgerelateerde verkeersongevallen, die als gemene deler hebben dat de uitspraak weinig voorspelbaarheid heeft.

62 Waterman 2003b, p. 59.

Ook hier kunnen zowel de Ongevallenwet als de Belgische Arbeidsongevalwet en de aan beide wetten verbonden jurisprudentie als voorbeelden dienen.⁶³ Typerend voor beide wetten is echter wel dat zij nooit een definitie konden vinden voor met name ‘woon-werkverkeer’ die waterdicht was en die toetsing aan alle denkbare omstandigheden en ontwikkelingen kon doorstaan. Maar wellicht is dat ook niet wenselijk, omdat juist door deze vage marges de rechterlijke macht de ruimte heeft (gehad) om tot rechtsontwikkeling en de voor het individuele geval meest billijke uitspraak te komen.

2.3.3 *Causaliteitsonzekerheid*

De meest bedreigende ontwikkelingen in de rechtspraak die tot claimgericht gedrag van de werknemer kunnen leiden, betreffen causaliteitsonzekerheid en de retroactieve aansprakelijkheid.⁶⁴ (Zie nader hoofdstuk 3 paragraaf 4.2.)

In diverse uitspraken heeft de Hoge Raad het risico van onzekerheid over de oorzaak of tijdstip van het ontstaan van de schade of over de identiteit van de veroorzaker afgewenteld op de werkgever en daarmee indirect op de verzekeraar.⁶⁵ Het *conditio sine qua non*-verband is in beginsel reeds gegeven indien vaststaat dat de werkplek niet voldoet aan redelijke veiligheidseisen – en een ongeval of beroepsziekte is daarvan doorgaans een evidente demonstratie – en die onveiligheid de oorzaak kan zijn geweest van het arbeidsongeval of van de beroepsziekte. De werkgever c.q. de verzekeraar kan slechts ontsnappen aan aansprakelijkheid door aan te tonen dat het nemen van de vereiste veiligheidsmaatregelen de schade (desondanks) niet zou hebben voorkomen, waarmee hij het *conditio sine qua non*-verband doorbreekt.⁶⁶ Doorgaans is het leveren van dergelijk tegenbewijs echter zo moeilijk dat toewijzing van de aansprakelijkheid van de werkgever al bijna een gegeven is. Een bekend voorbeeld hiervan is het arrest Cijssouw/De Schelde I, waarin werkgever De Schelde moest aantonen dat zijn werknemer Cijssouw de fatale asbestvezel

⁶³ Vgl. Waterman 2001, p. 17-25.

⁶⁴ Bedoeld wordt niet de onzekerheid, welke eigen is aan de verzekeringsovereenkomst (iedere verzekeringsovereenkomst beoogt immers een onzeker gebeuren te verzekeren), maar de onvoorziene uitbreiding van het aansprakelijkheidsrecht.

⁶⁵ Vgl. HR 21 juni 1974, NJ 1975, 453 (Windmill/Roelofsens), HR 24 februari 1989, NJ 1990, 426 (Van Buren/Elektroschmelzwerk), HR 17 november 1989, NJ 1990, 572, LJN AB9375 (De Kok/Jansen), HR 22 maart 1991, NJ 1991, 420, LJN ZC0181 (Roefen/Thijssen), HR 25 juni 1993, NJ 1993, 686, LJN AC1907 (Cijssouw/De Schelde I), HR 20 september 1996, NJ 1997, 198, LJN ZC2142 (Pollemans/Hoondert) en HR 2 oktober 1998, NJ 1999, 683, LJN ZC2721 (Cijssouw/De Schelde II).

⁶⁶ Vgl. HR 6 april 1990, NJ 1990, 573, LJN AB9376 (Janssen/Nefabas) en HR 22 maart 1991, NJ 1991, 420, LJN ZC0181 (Roefen/Thijssen).

niet gedurende diens emplooi bij De Schelde had ingeademd maar elders – hetgeen De Schelde uiteraard niet kon.⁶⁷

Gelet op het grootschalig gebruik van asbest in de jaren zestig, zeventig en tachtig in Nederland is de precedentwaarde van deze uitspraak van aanmerkelijk belang gebleken. Immers, de Hoge Raad achtte de werkgever aansprakelijk voor de schade van de werknemer hoewel er een kans bestond dat feitelijk niet de werkgever maar een derde de schade had veroorzaakt. Dit kwam neer op een effectieve uitbreiding van de werkgeversaansprakelijkheid – één waarop verzekeraars niet hadden gerekend en dus ook geen premie voor hadden berekend of reservering voor hadden gemaakt. Een andere beslissing van de Hoge Raad zou er echter aannemelijk toe hebben geleid dat werknemers met een duidelijke asbestgerelateerde beroepsziekte geen verhaalsrecht op de voor hun schade verantwoordelijke werkgever zouden kunnen uitoefenen, zodat, per saldo gezien, de Hoge Raad wellicht voor het argument van de ‘sterkste schouders’ heeft gekozen.

Een klassiek arrest waarin duidelijk is dat de Hoge Raad de gevolgen van onduidelijkheid over de feitelijke toedracht van arbeidsgerelateerde schade toedeelt aan de werkgever, betreft Fransen/St. Pasteurziekenhuis.⁶⁸ Tijdens haar werkzaamheden in het ziekenhuis gleed verpleegster Fransen uit over een op de grond gevallen injectienaald; althans dit wordt zo verondersteld maar staat geenszins vast. Zij brak haar heup. De Hoge Raad bepaalde hierover dat, nu de schade in de uitoefening van de werkzaamheden is gelegen, art. 7:658 BW met zich brengt dat de werkgever voor haar schade aansprakelijk is, *tenzij* deze kan aantonen dat aan alle werkgeversverplichtingen is voldaan of, zelfs als in geval van behoorlijke nakoming dit de verwezenlijking van de schade niet zou hebben voorkomen. “Hiervoor behoeft niet vast te staan aan welke oorzaak het ongeval van Fransen te wijten is.”

Een andere, ‘moderne’ vorm van causaliteitsonzekerheid betreft de situatie waarin zowel de identiteit van de veroorzaker, de oorzaak van de schade (bijvoorbeeld blootstelling aan asbest, genotoxische emissies of ioniserende straling) als de aard van de schade (bijvoorbeeld longkanker) bekend zijn, maar niet zeker is wie de slachtoffers van de veroorzaker zijn, omdat de gezondheidsschade zich ook op ‘natuurlijke wijze’ kan voordoen. De veroorzaker c.q. verzekeraar loopt dan het risico voor alle schade aansprakelijk te worden

67 HR 25 juni 1993, NJ 1993, 686, LJN AC1907 (Cijssouw/De Schelde I). Vgl. Stolker & Moelands 1999, p. 130 e.v.

68 HR 10 december 1999, NJ 2000, 211, LJN AA3837 (Fransen/Pasteurziekenhuis).

gesteld, ook voor de ‘natuurlijke’ schade.⁶⁹ De Hoge Raad heeft dit risico echter beteugeld door in een dergelijk geval te kiezen voor een proportionele benadering van de schadevergoedingsplicht, zoals geïllustreerd in het arrest Nefalit/Karamus.⁷⁰ Werknemer Karamus had jarenlang intensief gerookt en was onbetwist jarenlang zwaar aan asbeststof blootgesteld om vervolgens ziek te worden van longkanker. Omdat medisch niet kon worden vastgesteld wat de oorzaak van zijn longziekte was, werd vastgesteld welk ‘percentage’ aan de asbestblootstelling kon worden toegerekend. Vanuit een ‘óf, óf’ visie werd het verschil als een omstandigheid van privéaard aan de werknemer toegerekend; Karamus ontving derhalve slechts een gedeeltelijke schadevergoeding, waar ofwel volledige ofwel geen schadevergoeding (‘alles of niets’) bij een vastgestelde schending van de zorgplicht door de werkgever de norm is. De repercussies van dit arrest zullen waarschijnlijk niet tot longkanker, of zelfs tot beroepsziekten, beperkt blijven.

Door de voortschrijdende (medische) technologieën en wetenschap kan het causaal verband tussen oorzaak en leed van beroepsziekten steeds eenvoudiger worden aangetoond.⁷¹ Dezelfde ontwikkelingen leiden ook tot het ontdekken van causale verbanden die ten tijde van het sluiten van de polisovereenkomst niet bekend waren, maar waaruit – volgens de voorwaarden van de polis, die immers aan het werkgeversaansprakelijkheidsrecht is gekoppeld – wel aansprakelijkheid voortvloeit. Een voorbeeld hiervan is de ‘nieuwe’ beroepsziekte vibro-acoustic disease (VAD), welke als gevolg van (voor het menselijk oor onhoorbaar) laag frequent geluid kan leiden tot hart- en vaatziekten, depressie, epileptische aanvallen, agressie en concentratiestoornissen. Typische beroepsmatige slachtoffers hiervan zijn stewardessen, piloten, vliegtuigmonteurs, machinisten en buschauffeurs.⁷² Andere recente ontdekkingen van causaal verband tussen de beroepsmatige blootstelling aan een stof en gezondheidsklachten betreffen de relaties tussen boteraromadamp en bronchiolitis obliterans (de ‘popcornwerkerslong’)⁷³; blootstelling aan cytostatica (door röntgenologen, verpleegsters, dierenartsen) en miskramen; en biologische agentia en huidklachten zoals voorkomend in de schoonmaak-

69 Dit is reeds voorgekomen in het Verenigd Koninkrijk (de Sellafield-kerncentrale) en België (Mellery). Wat te denken van de gezondheidsschade van omwonenden van vuilnisbelten, zend- en hoogspanningsmasten, kerncentrales, kolencentrales, vuil- en chemisch afvalverbrandingsinstallaties en van de bewoners van gifwijken?

70 HR 31 maart 2006, JA 2006/81, LJN AU6092 (Nefalit/Karamus). Vgl. ook HR 31 maart 2006, JAR 2006/101, LJN AU6093 (Eternit/Hollink). Vgl. Waterman 2006a, p. 21-27, Akkermans 1997, Zivkovic 2007, p. 38 en 43, Van Velthoven & Van Wijck 2008, p. 130-140 en Tan 2008, p. 23-27.

71 De Wijkerslooth 1996, p. 134.

72 Verbond van Verzekeraars 2008, p. 12.

73 NCB 2006, p. 105.

sector, de industriële reiniging en scheepsonderhoud.⁷⁴ Deze ontdekkingen leiden ertoe dat de slachtoffers in kwestie een vordering tot schadevergoeding kunnen richten aan de werkgever, waar dit voorheen achterwege bleef omdat de oorzaak van de schade van onbekende oorsprong was.

2.3.4 *Retroactieve aansprakelijkheid*

Retroactieve aansprakelijkheid is wellicht de meest serieuze bedreiging van juridische oorsprong voor de verzekeraar.⁷⁵ Het houdt in dat de verzekeraar met feitelijk terugwerkende kracht door de rechter aansprakelijk wordt geacht voor een risico dat tijdens het afsluiten van de polis *niet voorzienbaar* was. Het is echter al een beladen vraag wat als ‘niet voorzienbaar’ moet gelden: moet dit *ex tunc* of *ex nunc* beoordeeld worden? Hiermee samen hangt de vraag, welke mate van wetenschappelijke zekerheid vereist is om een risico überhaupt als ‘voorzienbaar’ te benoemen. Niet verwonderlijk kunnen verzekeraars en slachtoffers een verschillend standpunt innemen ten opzichte van de vraag of een bepaald risico voorzienbaar was; dit speelt met name ten aanzien van asbestgerelateerde schade. Spier en Van Boom menen dat, voor zover een risico reeds in het verleden kenbaar was maar de werkgever c.q. verzekeraar laks heeft gereageerd, er weinig rechtvaardiging bestaat om naderhand te klagen over onverzekerbaarheid.⁷⁶

Retroactieve aansprakelijkheid komt formeel niet voor in de rechtspraak. Althans, deze wordt niet expliciet als zodanig erkend door de Hoge Raad. Toch komt het wel degelijk voor dat de rechter positieve aansprakelijkheidsnormen toepast op een arbeidssituatie die, zeker in het geval van beroepsziekten, ver in het verleden kan liggen.⁷⁷ Dit is gunstig voor de werknemer – wettelijke, jurisprudentiële en maatschappelijke normen bewegen over de jaren doorgaans steeds in het voordeel van de werknemer, die zijn schade immers nú lijdt. Het is echter ongunstig voor de verzekeraar van werkgeversaansprakelijkheid, die de omvang van het door hem verzekerde risico ziet uitdijen zonder dat daar een premie of reserve tegenover staat. Een klassiek voorbeeld hiervan is de DES-schade.⁷⁸ Een ander voorbeeld van (vergaande) retroactieve aansprakelijkheid betreft het arrest Maasman/Akzo Nobel, waarin de Hoge Raad naar aanleiding van een verkeersongeval van werknemer Maasman een verzeke-

74 NCB 2007, p. 5-6.

75 Vgl. Faure, p. 1-11, Hartlief en Spier 1994, p. 27-33 en Van Boom & Barendrecht 2000, p. 45-58. Vgl. ook HR 9 oktober 1992, NJ 1994, 535, LJN ZC0706 ('DES-dochters') en Wansink 1993, p. 6-12.

76 Vgl. Spier 2000b, p. 123 e.v. Zie ook Van Boom 2001, p. 3-12.

77 Vgl. Faure 1994, p. 1 e.v., zie ook Hartlief & Spier 1994, p. 27.

78 HR 9 oktober 1992, NJ 1994, 535, LJN ZC0706 ('DES-dochters'); vgl. ook Wansink 1993, p. 6-12.

ringsplicht van de werkgever in het leven heeft geroepen. Dit betekent dat de werkgever aansprakelijk kan zijn voor de schade voortvloeiend uit een verkeersongeval waarvoor hem geen enkele verwijtbaarheid treft – alleen omdat hij op het moment van het ongeval geen adequate schadeverzekering voor de werknemer had afgesloten, hoewel geen wettelijke regel hem, voorafgaand aan het onderhavige arrest, tot het sluiten van een dergelijke verzekering verplichtte.⁷⁹

2.3.5 *Sluipende schade*

Dit begrip, ook bekend als de door Spier⁸⁰ geïntroduceerde term ‘sluipende schade’ (‘latent diseases’ of ‘long tail diseases’), wordt gebruikt om risico’s aan te duiden waarbij een lang tijdsverloop (incubatie) bestaat tussen het moment van de schadeverwekkende gebeurtenis en de manifestatie van de ziekte.⁸¹ Dit tijdsverloop kan soms wel tientallen jaren bedragen, waardoor noch in wetenschappelijke zin noch in feitelijke zin het bewijs voor het causaal verband tussen een (reeks van) blootstelling en een ziekte voor de hand ligt. Bekende voorbeelden betreffen beroepsziekten als mesotheliom (een door asbestblootstelling veroorzaakte kanker) en Organisch Psycho Syndroom (OPS ofwel ‘schildersziekte’ met referte aan de blootstelling aan (giftige) oplosmiddelen).

Nieuwe technologische ontwikkelingen en daarop gebaseerde toepassingen brengen ook vrees voor nieuwe ‘latent diseases’ met zich. Slechts de tijd en nader wetenschappelijk onderzoek zullen aan het licht brengen hoe gegrond dergelijke vrezen zijn. Voorbeelden hiervan zijn Electro Magnetic Fieldradiation (EMF, ‘telefoonstraling’) en nog niet met naam aangeduide ziekten als gevolg van nanotechnologische blootstelling.⁸²

Het verschijnsel dat pas na verloop van jaren bekend wordt dat de toepassingen van nieuwe technologische ontwikkelingen tot gezondheidsschade kunnen leiden, kan problematisch zijn voor verzekeraars. Wanneer in de tussenliggende periode het aansprakelijkheidsrecht zich ten nadele van de verzekerde ontwikkelt, of de rechter zelfs (effectief) retroactieve aansprake-

79 HR 1 februari 2008, JA 2008/52, LJN BB6175 (Maasman/Akzo Nobel); vgl. ook HR 1 februari 2008, JA 2008/53, LJN BB4767 (Kooiker/Taxicentrale), waarin de Hoge Raad een (korte) toelichting biedt op wat een adequate verzekering constitueert.

80 Spier 1990

81 Vgl. Wansink 1987, p. 106 en Wansink 1995, p. 1 e.v. Meer uitvoerig: Haazen & Spier 1996, p. 27 e.v. Bekende ‘sluipende’ verschijnselen zijn mesotheliom, DES-schade en de aansprakelijkheid voor bodemvervuiling, waarvan de schade veelal pas jaren na het moment of proces van veroorzaking wordt ontdekt.

82 Vgl. Keirse 2007, p. 9 en 14; Faure & Hartlief 2002, p. 45 e.v.; Gezondheidsraad 2006, p. 13-15.

lijkheid⁸³ van de verzekerde aanneemt, wordt de verzekeraar geconfronteerd met het gegeven dat hij moet uitkeren vanwege de verwezenlijking van een risico dat ten tijde van het sluiten van de verzekeringsovereenkomst niet tot aansprakelijkheid van zijn verzekerde zou hebben geleid. Deze ontwikkeling baart verzekeraars grote zorg.⁸⁴ Een evidente reden hiervoor is dat deze ontwikkeling haaks staat op de rechtszekerheid. Een andere reden is dat mogelijk veelvuldige confrontaties met deze 'latent disease claims' in het verschiet liggen.⁸⁵ Zo is bekend dat in de jaren '60, '70 en '80 op grote schaal asbest werd geïmporteerd en verwerkt in Nederland. Wie zich realiseert dat de gemiddelde latentieperiode van asbestgerelateerde ziekten circa 30-35 jaar is, kan zelf het sommetje maken.

Nadat de Nederlandse verzekeraars zich bewust werden van deze vormen van 'sluimerende schade', zijn zij met spoed overgestapt naar een nieuwe vorm van AVB-verzekering, namelijk de claims made-verzekering. In essentie verplicht deze verzekeringsvorm de verzekerde om schade (of althans de kans op schade) te melden tijdens de looptijd van de verzekering, waardoor het uitlooprisico aanzienlijk wordt beperkt en daarmee beter beheerst. (Meer hierover in hoofdstuk 6 paragraaf 4.)

2.3.6 *Psychische schade*

Ook de betekenis van het begrip 'letsel' als vorm van schade waarvoor de werkgever aansprakelijk kan zijn, is aan uitdijning onderhevig. (Voor een meer uitvoerige bespreking, zie hoofdstuk 3 paragraaf 2.5.) Voor 2000 werd in de rechtsliteratuur algemeen aangenomen dat onder 'letsel' slechts fysiek letsel en *daaruit voortvloeiende* psychische klachten, zoals pijn en leed, moest worden verstaan, maar niet op zichzelf staande psychische schade.⁸⁶ Na enkele jaren van discussie in de juridische literatuur over dit gezichtspunt, ontstond geleidelijk een consensus dat de werkgever een zorgplicht voor de werknemer heeft welke ook diens psychische gezondheid omvat.⁸⁷ In 2005 werd dit expliciet bevestigd door de Hoge Raad.⁸⁸

83 Vgl. HR 25 juni 1993, NJ 1993, 686, LJN AC1907 (Cijssouw/De Schelde I). Vgl. ook Faure 1998, p. 1-11 en Hartlief & Spier 1994, p. 27-33.

84 Vgl. Wansink 1987, p. 106 en Wansink 1995, p. 1 e.v.

85 Vgl. Spier 1999, p. 10-13 en Hartlief & Spier 1994, p. 27-33.

86 In de juridische literatuur is de term 'psychische' schade ingeburgerd, hoewel 'psychiatrische schade' waarschijnlijk een meer correcte benaming zou zijn.

87 Vgl. Waterman 2000, p. 86-90, Geers 2001, p. 29, Vegter 2001, p. 133-140 en Vegter 2005. Anders: Hartlief 2001a, die van mening is dat bij 'louter psychische schade [art. 7:658 BW] niet in beeld komt'. Terughoudend is ook Lindenbergh 200a, p. 42-43 en in 2001, p. 170-171.

88 HR 11 maart 2005, JAR 2005/84, LJN AR6657 (ABN AMRO/Nieuwenhuys).

De erkenning van zelfstandige psychische schade als vorm van schade in de zin van art. 7:658 BW kent echter enige problemen vanuit verzekeringstechnisch oogpunt. Zo is de kans op verwezenlijking van psychisch letsel en daaruit voortvloeiende schade niet eenvoudig te berekenen, wat het inschatten van adequate reserves voor dergelijke claims bemoeilijkt. Een toename van vorderingen wegens arbeidsgerelateerd psychisch letsel lijkt echter voor de hand te liggen, gelet op factoren als de toenemende maatschappelijke kennis en acceptatie van dergelijk letsel, de mogelijkheid om de werkgever daarvoor aansprakelijk te stellen en de bereidwilligheid van de rechters om de causaliteit ruim uit te leggen.

2.3.7 *Uitwijken naar het goed werkgeverschap*

Eind jaren tachtig trok de Hoge Raad in het arrest De Kok/Jansen's Schoonmaakbedrijven B.V. een scherpe lijn tussen de werkgeversaansprakelijkheid en het goed werkgeverschap.⁸⁹ De casus komt, kort weergegeven, hierop neer. Werknemer De Kok had opdracht gekregen van zijn werkgever Janssens om de dubbele beglazing in een kantoorgebouw te reinigen. Terwijl De Kok een binnenruit uit de sponning van een raam verwijderde, brak de ruit en viel met het scherpe breukvlak op zijn arm. De Kok vorderde schadevergoeding van zijn werkgever voor zijn letsel, primair op grond van diens werkgeversaansprakelijkheid en subsidiair op grond van het goed werkgeverschap. Ten aanzien van beide argumenten ving hij echter bot; de Hoge Raad formuleerde in duidelijke termen dat, indien de werkgever niet is te kort geschoten in de nakoming van zijn zorgverplichting (met andere woorden hem geen schuld treft), er 'geen plaats kan zijn' voor een op gebruik en billijkheid dan wel op goed werkgeverschap rustende verplichting om aan de werknemer schadevergoeding te betalen.

Twintig jaar later blijkt dit standpunt in belangrijke mate achterhaald te zijn. Een illustratie hiervan vormt het arrest Maas/Akzo Nobel, waarin werknemer Maas zijn schade als gevolg van een verkeersongeval in de uitoefening van zijn werkzaamheden tracht te verhalen op zijn werkgever Akzo Nobel, hoewel de werkgever geen feitelijke schuld treft aan het ongeval.⁹⁰ De Hoge Raad oordeelt dat de werkgever uit hoofde van zijn verplichting zich als een goed werkgever dient te gedragen, gehouden is zorg te dragen voor een behoorlijke verzekering van werknemers wier werkzaamheden er toe kunnen leiden dat zij als bestuurder van een motorvoertuig betrokken raken bij een ongeval. De Hoge Raad heeft hiermee effectief op grond van goed werkgeverschap een verzekeringsplicht in het leven geroepen en de werkgever verplicht om wel

89 HR 17 november 1989, NJ 1990, 572, LJN AB9375 (De Kok/Jansen).

90 HR 1 februari 2008, JA 2008/52, LJN BB6175 (Maasman/Akzo Nobel).

degelijk schadevergoeding aan de werknemer te betalen, zij het dan via een omweg. Daarmee is ook de afbakening tussen schuld- en risicoaansprakelijkheid gelijktijdig wel een heel theoretische grens geworden.

Indien één conclusie uit hoofdstuk 3 kan worden getrokken, is het wel dat vrijwel ieder element van art. 7:658 BW ruim wordt uitgelegd in de jurisprudentie – en dit in steeds verdergaande mate. Begrippen zoals de arbeidsovereenkomst, het lokaal, werkzaamheden, schade, schuldaansprakelijkheid, goed werkgeverschap: zij allen betekenen inmiddels iets anders dan wat de wetgever circa honderd jaar geleden voor ogen stond. Tegenwoordig doet het algemene beeld, dat door de tekst van art. 7:658 BW wordt weergegeven, dan ook archaïsch aan. In de literatuur wordt deze (ver)ruime(nde) uitleg vaak omschreven als een uitdijning van de werkgeversaansprakelijkheid. Eigenlijk is deze uitdijning in veel gevallen niet meer dan een tamelijk krampachtige poging om de eisen van de moderne tijd bij te benen door aan dit artikel een interpretatie toe te kennen die beoogt te leiden tot een rechtvaardig resultaat; en zo is een ‘ruime uitleg’ onvermijdelijk.

Toch heeft zelfs een ruime uitleg van het goed werkgeverschap zijn grenzen. Hoewel het naar de aard van de zaak moeilijk is om deze te definiëren, wordt algemeen aangenomen dat deze zich in ieder geval voordoet ten aanzien van het raakvlak tussen de ‘uitvoering van de arbeidsovereenkomst’ en de privésfeer. In het eerste geval heeft de werkgever zeggenschap en instructiebevoegdheid – kortweg: invloed – ter zake van de veiligheid van de werknemer; in het tweede geval niet. Desondanks kan het redelijk en billijk zijn dat, onder omstandigheden, de werkgever als goed werkgever aan de werknemer de schade vergoed die de laatste in zijn privésfeer heeft geleden, zelfs al kan de werkgever ter zake geen verwijt worden gemaakt van enige tekortkoming in de zorg voor de werknemer. Strikt gesproken kan een dergelijke (morele) schadevergoedingsverplichting dan niet voortvloeien uit art. 7:658 BW; dit vereist immers de aanwezigheid van een tekortkoming zijdens de werkgever, en die zal niet gauw worden gevonden binnen de privésfeer van de werknemer. Wat dan rest is art. 7:611 BW of, om Hartlief aan te halen: “De zelfstandige betekenis van art. 7:611 BW is (...) gelegen in de toepassing op die situaties die buiten het bereik van art. 7:658 BW vallen.”⁹¹ De restgevallen dus, met name die gevallen waarin zeggenschap van de werkgever naar de aard van de omstandigheden ontbreekt en hij in zoverre geen schuld *kan* dragen voor de schade van de werknemer.

91 Hartlief 2002a, p. 82. Hartlief haalt in gelijke zin ook de volgende auteurs aan: Lindenbergh 2000a, p. 44 e.v. en Heerma van Voss 1999, p. 96.

In het bijzonder lijkt plaats voor preferente toepasselijkheid van art. 7:611 BW boven – of zelfs met uitsluiting van – art. 7:658 BW, indien a) sprake is van de verwezenlijking van een risico die wél zijn oorsprong vindt in de aard van de werkzaamheden, maar b) niet plaats vindt terwijl de arbeidsovereenkomst wordt uitgevoerd en c) de eisen van redelijkheid en billijkheid binnen de relatie tussen de werkgever en de werknemer verlangen dat de werkgever de kosten van de verwezenlijking van zo'n risico op zich neemt. Om enige voorbeelden te geven: de beveiligingsbeambte die, na de beëindiging van de arbeidsdag, zich nog steeds in uniform gekleed naar huis begeeft en op zijn route door jongeren met stenen wordt bekogeld omdat zij aanstoot nemen aan zijn uniform; de docent die, fietsend op weg naar huis, door een ouder van de weg wordt gereden omdat hij het kind van de betreffende ouder strafwerk heeft gegeven. Natuurlijk zou de docent evengoed een ambtenaar bij de rechterlijke macht kunnen zijn die aan het winkelen is en daarbij een 'kennis' tegen het lijf loopt, of een medewerker van de Sociale Dienst, die een 'cliënt' bij wijze van boete een maand uitkeringinhouding heeft opgelegd althans daarin als contactpersoon een wezenlijke hand in heeft gehad. Een inmiddels reeds klassiek voorbeeld van een treffend geval betreft de casus van de reclasseringsambtenaar.⁹² In deze zaak werd de ambtenaar in kwestie het slachtoffer van een gewelddadige aanval door zijn één van zijn 'klanten', die hem 's avonds een onaangekondigd bezoek bracht en hem vervolgens in de deuropening van zijn eigen woning zeer heftig met een ijzeren staaf bewerkte. De Hoge Raad heeft hier geoordeeld ten aanzien van de werkgever dat diens aansprakelijkheid zich in het algemeen⁹³ niet uitstrekt tot de privésfeer van de werknemer, daar de zeggenschap en instructiebevoegdheid binnen die sfeer in de regel ontbreken, zodat – in casu – voor aansprakelijkheid op grondslag van art. 7:658 BW geen plaats kan zijn. Daarentegen wordt het antwoord op de vraag, of de werkgever aansprakelijk is voor de schade die de werknemer in zijn eigen privésfeer heeft geleden, beheerst door de omstandigheden van het geval, waarbij bepalend is wat de eis om zich als een goed werkgever te gedragen met zich brengt. "Daarbij verdient opmerking dat voor een bevestigende beantwoording van deze vraag slechts plaats is onder bijzondere omstandigheden, waarbij voor gevallen als de onderhavige kan worden gedacht aan een, ook aan de werkgever bekend, specifiek en ernstig gevaar," aldus de Hoge Raad.

92 HR 22 januari 1999, NJ 1999, 534, LJN ZC2783 (Reclassering Nederland/S.).

93 Let wel: in het algemeen. Dit gaat derhalve aannemelijk niet op voor de uitzonderingspositie van thuiswerkers, ten aanzien van wie kan worden gesteld dat de werkgever wel degelijk enige instructiebevoegdheid kan uitoefenen.

Het kan worden beargumenteerd dat, in gevallen van arbeid waarin de werknemer in de privésfeer *vanwege* de aard van zijn arbeid wordt bloot gesteld aan feitelijke gevaren of negatieve reacties (agressie, geweld, intimidatie, etc.) van zijn omgeving (zoals in de zoeven genoemde voorbeelden) er inderdaad sprake is van zodanige, vooraf aan de werkgever bekende, specifieke en ernstige gevaren, welke de werkgever op grond van zijn algemene zorgplicht dient te inventariseren en evalueren.⁹⁴ Deze verplichting om kennis te vergaren en evalueren hangt immers samen met de aard van de arbeid; zij kan zich derhalve feitelijk voorbij de eigen bedrijfsmuren uitstrekken. Dat wellicht niet vooraf zeker is, wanneer bijvoorbeeld het gevaar om door derden/klanten te worden gemolesteerd zal intreden, of waar, of door wie, doet mijn inziens niet af aan de realiteit van een zodanig gevaar en kan ook op zichzelf genomen geen reden zijn om de schade voor rekening van de werknemer te laten.

In zoverre meen ik ook dat de *voorzienbaarheid* van een dergelijk risico – zelfs wanneer dit zich in de privésfeer verwezenlijkt – belangrijker is dan hoe specifiek dit risico al dan niet moge zijn. Aan de specificiteit mogen dan ook niet al te hoge eisen worden gesteld. Tot zijn kern gereduceerd maakt dit van art. 7:611 BW een zieligheidsartikel, dat met name toepassing vindt in die gevallen waarin de werkgever weinig of niets te verwijten valt en de werknemer nog minder, maar omwille van de risicosfeer, de redelijkheid en billijkheid, de sterkste schouders, het scheppen van c.q. blootstellen aan het risico, bijzondere omstandigheden, het winststreven etc. etc., iemand de schade moet dragen. Immers, wanneer een risico voorzienbaar is, valt het doorgaans niet zwaar om te stellen dat de werkgever ter zake tekort is geschoten. Of, om het anders uit te drukken: wanneer de aard van de werkzaamheden de verwezenlijking van een risico met zich brengt die plaatsvindt in de privésfeer van de werknemer, kan dit aanleiding zijn voor de werkgever om zich als een goed werkgever te gedragen door de werknemer diens schade te vergoeden, ongeacht het antwoord op de vraag of de werkgever tekort is geschoten in de bescherming van de werknemer. Art. 7:611 BW herbergt mijn inziens dan ook een zeker aspect van risicoaansprakelijkheid van de werkgever in zich, hoewel de wetgever dat stellig nimmer zo heeft bedoeld.

Een voorbeeld vormt het vonnis Nicolai-Van der Veen/Maartenswouden.⁹⁵ X, een leerling-verpleegkundige in dienst van St. Maartenswouden, werd in de uitoefening van haar werkzaamheden het slachtoffer van een zevenjarig meisje dat het haar verzorgster niet in dank had afgenomen dat zij uit bad moest. In

⁹⁴ Vgl. HR 22 januari 1999, NJ 1999, 534, LJN ZC2783 (Reclassering Nederland/S.).

⁹⁵ Ktr. Beetsterzwaag 12 juni 2001, JAR 2001/145, LJN AD4718 (Nicolai-Van der Veen/Maartenswouden).

een boze bui schopte het meisje X vervolgens tegen de knie, hetgeen leidde tot langdurig letsel en enige mate van blijvende arbeidsongeschiktheid aan de zijde van de leerling-verpleegkundige. De kantonrechter in casu oordeelde dat de werkgever niet tekort was geschoten in haar zorgplicht ex art. 7:658 BW, doch “dat ook in die gevallen waarin aan de eisen van art. 7:658 BW is voldaan en vastgesteld is dat de werkgever aan zijn zorgplicht heeft voldaan, de eis zich als een goed werkgever te gedragen onder bijzondere omstandigheden met zich mee kan brengen dat de werkgever toch aansprakelijk moet worden gehouden voor door de werknemer geleden schade.” Waarna de rechter vervolgde door te stellen dat het werk met geestelijk gehandicapte kinderen “een – ook aan de werkgever bekend – meer dan gemiddeld risico van onvoorspelbaar en schadeveroorzakend gedrag” in zich bergt, “waartegen de werknemer niet met het treffen van voorzorgsmaatregelen geheel is te beschermen. Eventuele schade die de werknemer ten gevolge hiervan lijdt en die niet het gevolg is van een tekortkoming in de nakoming van de zorgplicht van de werkgever behoort naar het oordeel van de kantonrechter in redelijkheid voor risico van de werkgever te blijven.”

Maar wat is dan de onderlinge relatie tussen 7:658 en 7:611 BW? Als belangrijkste overeenkomst zijn zij beiden gebaseerd op het uitgangspunt dat de werkgever een zorgplicht draagt voor de werknemer. Het grootste verschil schuilt in de bewijspositie van de werknemer: in geval van art. 7:658 BW is deze riant, in geval van art. 7:611 moet de werknemer in beginsel alles stellen en bewijzen, inclusief de tekortkoming van de werkgever.⁹⁶ Ook de bijzondere ‘eigen schuld’-regeling van art. 7:658 BW gaat voor art. 7:611 BW niet op. Art. 7:658 BW heeft betrekking op het doorsnee arbeidsongeval; art. 7:611 BW biedt de praktijkjurist een uitweg voor uitzonderlijke gevallen waar de toepasselijkheid van art. 7:658 BW onzeker is of vermoedelijk in rechte zou falen, zoals bijvoorbeeld een ongeval van een beroepschauffeur in het verkeer. In zoverre is het mogelijk om de artt. 7:658 en 611 BW te duiden als respectievelijk de generalis en de specialis. Evenzeer verdedigbaar lijkt echter de tegenovergestelde opvatting van Hartlief,⁹⁷ namelijk dat art. 7:611 BW de concretisering vormt van wat als redelijk en billijk mag worden gehouden en dat art. 7:658 BW daarvan een nadere, meer specifieke invulling is. Dit is echter een theoretische discussie die genoeg stof biedt voor een andere dissertatie, zodat ik er hier niet verder op in zal gaan.

96 Expliciet bevestigd door de Hoge Raad in HR 17 april 2009, JAR 2009/128, LJN BH1996 ('Rolschaatsworkshop').

97 Hartlief 2002a, p. 81.

Al met al komt het erop neer dat art. 7:658 en 7:611 BW met de dag nauwer met elkaar worden verweven en de grenzen tussen beide artikelen in de praktijk steeds vager en moeilijker te duiden zijn, zoals ook geldt voor de vervagende grenzen tussen de arbeids- en de privésfeer.⁹⁸

2.4 Ontwikkelingen in de sociale zekerheid

De ontwikkelingen in de sociale zekerheid, voor zover zij betrekking hebben op de inkomenspositie van gelaedeerde werknemers, zijn reeds uitvoerig besproken in hoofdstuk 2, met name paragraaf 5, zodat daarnaar zij verwezen.

In het kader van dit overzicht van de oorzaken van de uitdijende werkgevers-aansprakelijkheid is het echter goed om erop te wijzen dat er een belangrijke relatie lijkt te bestaan tussen de afkalvende sociale zekerheid en de groeiende betekenis van het werkgeversaansprakelijkheidsrecht. Deze relatie vindt zijn oorsprong in de wens van de opvolgende regeringen in de jaren tachtig en sindsdien om het stijgende volume van arbeidsongeschikten te beperken, liefst zelfs terug te dringen, en daarmee ook de uit de pan stijgende uitkeringskosten.⁹⁹ Die wens is geenszins onbegrijpelijk. Terwijl in 1967 werd verwacht dat circa twintigduizend werknemers gebruik zouden maken van de WAO, verzuchtte premier Lubbers bij de nieuwe grens van 900.000 WAO-ers in 1990: “Nederland is ziek.” Per december 2008 verstrekt het UWV nog circa 558.100 WAO-uitkeringen en zijn er bijna 60.000 WIA-uitkeringgerechtigden.¹⁰⁰

Dit streven is verwezenlijkt door het invoeren van verschillende maatregelen. Een belangrijke voorbeeld hiervan is de beëindiging van de verdiscontering van de werkloosheid in de WAO-uitkering. Dit betekende dat het aantal ‘zieke’ uitkeringsgerechtigden daalde doordat een deel van de voorheen WAO-gerechtigden verschoof van de WAO naar de financieel minder gunstige WW. Sinds de invoering van de WIA kan een arbeidsongeschikte werknemer qua inkomen zelfs zakken naar de bijstand. Andere oorzaken voor de daling van het aantal arbeidsongeschikten zijn de aanscherping van het arbeidsongeschiktheids criterium, de invoering van periodieke en geleidelijk steeds strenger geworden herkeuringen, de vermindering van het maximale uitke-

98 Vgl. A-G Spier in zijn conclusie bij HR 20 februari 2009, JAR 2009/76, LJN BF0003 (X/Autop Roermond) bij 4.17.1: “(...) het [is] nauwelijks mogelijk om duidelijke grenzen te markeren.” Hij vervolgt in 4.18: “Het valt, naar mijn bescheiden mening, niet uit te leggen waarom in sommige gevallen aansprakelijkheid kan worden gebaseerd op art. 7:611 BW wanneer art. 7:658 BW geen soelaas biedt en in andere gevallen niet.”

99 Voor een meer uitvoerig overzicht zie Kieviet & Pennings 1996, p. 300 e.v.

100 UWV Werkbedrijf 2009, p. 1 en CBS, maatwerktabel (2097461) d.d. 17 maart 2009.

ringsniveau van 80% naar 70% van het laatsverdiende (gemaximeerde) loon, de hoge arbeidsongeschiktheidsgrens van de WIA van minimaal 35%, etc. Het kan worden verdedigd dat de daling van het aantal arbeidsongeschikten op deze wijze voor een deel slechts cosmetisch van aard is, een kwestie van benoeming. Wat daarvan zij, het effect van deze maatregelen is niet alleen terug te vinden in de nationale schatkist, maar ook op pijnlijke wijze in de portemonnee van de arbeidsongeschikten zelf.

Door de verschraling van de arbeidsongeschiktheidsregelingen en daaraan gekoppelde uitkeringen ondervindt de gelaedeerde werknemer tegenwoordig een steeds groter verschil tussen zijn 'oude' inkomen, zoals het was voorafgaand aan het schadeveroorzakende incident op het werk, en de inkomensbescherming die wordt geboden door de sociale zekerheid. Met andere woorden: zijn excedentschade is geleidelijk aan steeds groter geworden. Daarmee is ook zijn financiële behoefte aan compensatie toegenomen en noodgedwongen ook de noodzaak om de werkgever aan te spreken tot schadevergoeding.¹⁰¹ Deze toegenomen vorderingsbereidheid vanwege de afgenomen inkomensbescherming verklaart, vermoed ik, waarom tegenwoordig de vonnissen en arresten over art. 7:658 BW ons welhaast dagelijks om de oren vliegen terwijl zo'n gerechtelijke uitspraak twintig jaar geleden slechts sporadisch voorkwam. Voor ons is dit heel gewoon geworden, wij zijn daarin als het ware meegegroeid. Maar in België kijken juristen met verwondering naar dit maatschappelijke verschijnsel en constateren aan de hand van het groeiende jurisprudentievolume: "Jullie hebben geen echte sociale vrede op de werkvloer."

2.5 *Wetenschappelijke ontwikkelingen*

2.5.1 *Algemeen*

Medisch-technische ontwikkelingen hebben het niet alleen eenvoudiger gemaakt om een specifieke diagnose te stellen, maar tevens om (eerder) aan te tonen dat gezondheidsschade een arbeidsgerelateerde oorzaak heeft. Dit heeft in belangrijke mate tot gevolg dat het aantal slachtoffers van beroepsziekten stijgt. Feitelijk worden er (vermoedelijk) niet wezenlijk méér werknemers ziek, maar voor vele werknemers was het tot recent onmogelijk om een specifieke, herkende en erkende benaming aan hun reeds bestaande ziekteverschijnselen te geven, of aan te tonen dat er sprake was van een *beroepsziekte*. Nu dat zij dit wel kunnen door de almaar grotere voorwaartse sprongen van de medische wetenschap, 'stijgt' daarmee het aantal slachtoffers van beroepsziekten en daarmee ook het aantal claims ter zake. Op zichzelf genomen, en in het bijzonder vanuit het perspectief van de zieke werknemer, is dit een geluk-

¹⁰¹ Anders Klosse 2001, p. 13.

kige ontwikkeling: het stelt de werknemer immers in staat om zijn schade te verhalen op de aansprakelijke werkgever, hetgeen voorheen niet mogelijk was met als gevolg dat de werknemer zijn schade zelf moest dragen. Voor vele slachtoffers van beroepsziekten is bovendien niet alleen de schadevergoeding maar ook 'het stukje erkenning' van belang. Zoals bijvoorbeeld in geval van Organisch Psycho Syndroom (OPS, ook wel bekend als de schildersziekte), waarvan niet zelden de symptomen worden verward met geestesziektes.

De AVB-verzekeraar kan deze ontwikkelingen slechts met lede ogen aanzien. Zij leiden tot aansprakelijkheid op grond van omstandigheden waar, ten tijde van het afsluiten van de verzekeringsovereenkomst, geen rekening was gehouden met 'nieuwe' beroepsziekten en derhalve ook geen adequate premie was gecalculeerd of reserve gemaakt. De ruime hoeveelheid publicaties over (nieuwe) beroepsziekten zou voor hen aanleiding kunnen vormen om eisen te stellen aan de preventie van beroepsziekten door werkgevers en hun feitelijke arbobeleid. In de praktijk is dit echter zelden het geval: een dergelijke individuele benadering bij iedere verzekerde blijkt premieverhogend te werken en daardoor vanuit concurrerend oogpunt onaantrekkelijk te zijn. Zo is het middel duurder dan de kwaal...

2.5.2 *Beroepsziekten*

Het begrip 'beroepsziekte' is de laatste jaren aanzienlijk in reikwijdte en betekenis gegroeid. Waar decennia geleden slechts enkele ziektes als silicose en asbestose hieronder begrepen werden, is inmiddels sprake van zowel een door de EG in het leven geroepen officiële Europese lijst van erkende beroepsziekten als een vergelijkbare lijst van de IAO. Ook de meeste Europese landen hanteren een eigen beroepsziektelijst in het kader van hun socialezekerheidswetgeving; Nederland vormt daarop een zeldzame uitzondering. Deze landelijke lijsten worden frequent vergeleken met de lijsten van de EG en de IAO en, waar wenselijk geacht, aangepast. Zo heeft België recentelijk in navolging van de Europese lijst ook keelkanker toegevoegd aan het rijtje asbestziekten als gevolg van beroepsmatige blootstelling aan asbest. Deze vermelding heeft belangrijke bewijsvoordelen voor Belgische werknemers die aan keelkanker lijden en beroepsmatig aan asbest zijn blootgesteld. (Zie hoofdstuk4, paragraaf 3.)

Tegenwoordig zijn de belangrijke beroepsziekten lawaaidoofheid, beroeps-huidziekten¹⁰², aandoeningen van het bewegingsapparaat, obstructieve lucht-

¹⁰² In Nederland lijdt circa één op de drie kappers aan RSI en rugklachten en ongeveer één op de vijf heeft hudeczeem, wat eenvoudig is te voorkomen. Dit lijkt te suggereren dat in deze bedrijfstak weinig toegepaste belangstelling bestaat om de arbeidsomstandigheden

wegziekten¹⁰³ en een verscheidenheid van ziekten veroorzaakt door chroom en asbest. Deze lijsten zijn sterk aan uitbreiding onderhevig; in toenemende mate worden reeds bekende verschijnselen als ziekte erkend of komen daarvoor in aanmerking.¹⁰⁴

Dit geldt bijvoorbeeld voor Organisch Psycho Syndroom (OPS), ook wel chronische toxische encephalopathie (CTE) of schildersziekte genoemd. Dit is een verzamelterm voor aandoeningen die het centrale zenuwstelsel aantasten, welke worden veroorzaakt door organische oplosmiddelen zoals verf, lak, schoonmaakmiddelen en drukinkt. OPS komt in een grote verscheidenheid van beroepen voor; bekende 'typische' lijders zijn bijvoorbeeld autospuiter, schilders en drukkers.¹⁰⁵ Gevreesd wordt, op grond van de grootschalige blootstelling van werknemers, dat deze beroepsziekte vele slachtoffers zal treffen.¹⁰⁶ Een goede schatting lijkt echter moeilijk te maken: dit wordt onder meer veroorzaakt doordat de ziekte zich dikwijls pas na een lange incubatieperiode openbaart, niet altijd door de behandelende medici met de arbeidsomstandigheden wordt geassocieerd en omdat de symptomen verward kunnen worden met diverse geestesziekten.

Een andere beroepsziekte, die in toenemende mate publiciteit geniet, betreft de arbeidsgelateerde psychische aandoening, veroorzaakt door bijvoorbeeld overmatig overwerk, (te) hoge tijdsdruk, te zware verantwoordelijkheid, reorganisatieperikelen, problemen met de leiding of collegae, traumatische incidenten, etc. Deze oorzaken kunnen leiden tot een diversiteit van klachten die meestal worden aangeduid als depressie, overspannenheid, burn out-syndroom of posttraumatische stress stoornis (PTSS). Het aantal slachtoffers hiervan is niet gering: ruim twintig procent van alle aan het NCvB gemelde beroeps-

op dit punt te verbeteren. Aldus het persbericht van Ministerie SZW van 13 oktober 2008, nr. 08/107, getiteld 'Kappers doen te weinig tegen rugklachten en eczeem'.

103 Vgl. Hof Den Bosch 31 juli 2007, Prg. 2007, 145 (Leitz/De Louw) over longemfyseem als gevolg van het inademen van slijpolienevel. Op het gebied van tabakgerelateerde luchtwegklachten van werknemers valt qua jurisprudentie nog wel het een en ander te verwachten gelet op enerzijds de grootschalige incidentie van tabakgebruik in de laatste decennia en anderzijds de lange incubatieperiode van sommige long- en luchtwegziekten, zoals long- en keelkanker. HR 9 januari 2009, JA 2009/59, LJN BG4014 ('Isalaklinieken') is daarvan een voorproefje.

104 Vgl. NCvB 2007. Recentelijk is de ziekte van Lyme (neuroborreliosis) erkend als beroepsziekte voor een politieagent, vgl. Rb. Middelburg 14 januari 2009, JA 2009/36, LJN BG9910 ('Ziekte van Lyme').

105 Vgl. Van Dongen 1995, p. 189-192.

106 Vgl. HR 23 juni 2006, NJ 2006, 354, LJN AW6166 (Havermans/Luyckx), Hof Den Haag 18 augustus 2006, L & S 2006/188 (Arkema/Pekaar), Hof Leeuwarden 24 oktober 2007, L & S 2008/174 (Zandleven/Kooitje), Hof Leeuwarden 25 juni 2008, L & S 2008, 172, Hof Den Haag 17 juli 2008, L & S 2008, 173 (B & C/Kanters), Hof Leeuwarden 25 juni 2008, LJN BD5881 (Elders/Van der Weide). Vgl. ook Schothorst-Gransier 2006, p. 206-209 en Charlier 2008b, p. 18-19.

ziekten heeft betrekking op arbeidsgerelateerde psychische aandoeningen. Dit maakt de arbeidsgerelateerde psychische aandoening een zeer kostbare aangelegenheid voor zowel werkgevers, werknemers als de overheid.¹⁰⁷

Deze kostbare factor betreft ook aandoeningen van het bewegingsapparaat (waaronder RSI): zo meldde het Nederlands Centrum voor Beroepsziekten voor 2007 dat liefst 41% van alle beroepsziektenmeldingen betrekking had op klachten aan het bewegingsapparaat.¹⁰⁸

Steeds vaker verschijnt jurisprudentie over RSI, wat suggereert dat werknemers steeds vaker naar aanleiding van RSI schadevergoeding vorderen van hun werkgevers.¹⁰⁹ De verschraling van de sociale zekerheid lijkt de door RSI getroffen werknemers dikwijls daartoe te nopen: wanneer hun ziekteverzuim als gevolg van deze ziekte de tweejarige loondoorbetalingverplichting van de werkgever overschrijdt, wacht vaak een ontslagaanzegging, gevolgd door een WIA of WW-uitkering en op termijn mogelijks zelfs een bijstandsuitkering. De schrijnende financiële omstandigheden waarin zij dan belanden, biedt hen weinig keuze dan te opteren voor een aansprakelijkheidsprocedure. Ook andere factoren leiden hiertoe: RSI is immers al vele jaren in het maatschappelijk bewustzijn ingeburgerd en nog langer in de medisch-wetenschappelijke sferen, zodat het causaal verband tussen de klachten en de werkomstandigheden geleidelijk eenvoudiger wordt om aan te tonen.¹¹⁰ Er is derhalve een breed verspreid besef dat er een relatie bestaat tussen RSI-klachten en de arbeidsomstandigheden. Ook is het gevaar van RSI-letsel kenbaar voor de werkgever, terwijl de te nemen voorzorgen in hoofdzaak slechts bestaan uit goede voorlichting, preventieve maatregelen en afwisseling in het werk. Dat zijn stellig geen al te veeleisende maatregelen. Verzekeraars zullen hier steeds vaker mee worden geconfronteerd.

107 Vgl. Hof Den Haag 18 januari 2008, JAR 2008/129, LJN BC7681 (Kunst Ecoservice/X). Zie ook Houtman, Schaufeli en Taris 2000a en 2000b, p. 123-129, NCvB 2007, p. 33, Vegter 2008, p. 9-14.

108 Vgl. NCvB 2007, p. 24.

109 Vgl. HR 20 mei 2005, JA 2005/65, LJN AS4406 (De Bakker/Zee Electronics), Hof Amsterdam 7 september 2006, JAR 2007/65, LJN AZ0584 (X/PGGM), Hof Amsterdam 30 november 2006, L & S 2007, 17 (A./Terra Imaging), HR 2 juni 2006, JAR 2006/155, LJN AW6167 (Köpcke/Global), Hof Amsterdam 14 december 2006, JAR 2007/87, LJN BA2428 (Van Selm/Scholengemeenschap), Hof Den Haag 10 juli 2007, L & S 2007/106 (Zee Electronics/De Bakker), Hof Amsterdam 8 april 2008, L & S 2008/175 en Vegter 2004, p. 73 e.v. en Charlier 2008b, p. 14-15 en 19.

110 Vgl. de conferentie over de ergonomische aspecten van beeldschermen in 1980, de EG-richtlijn en de eigen Arbowetgeving. Zie Dommering-van Rongen 1995, p. 30. Vgl. de Europese Richtlijn inzake het werken met beeldschermen en de daarop geënte Arbowetgeving.

De meest in de media gepubliceerde beroepsziekten tegenwoordig betreffen wellicht de asbestgerelateerde gezondheidsschade, zoals mesothelioom, asbestose en longkanker. De inademing van een enkel asbestvezeltje kan ook leiden tot andere kwalen zoals tumoren in het maagdarmkanaal en de keel. Deze ziekten zijn vaak ongeneeslijk en fataal met een zeer kwellend verloop.

Naarmate in de laatste decennia het gevaar van asbest voor de gezondheid meer en meer tot het maatschappelijk besef is doorgedrongen, worden werkgevers en juristen in toenemende mate geconfronteerd met aansprakelijkheidsclaims wegens door asbest veroorzaakte schade.¹¹¹ Naar redelijke verwachting zal aansprakelijkheid van de werkgever wegens blootstelling aan asbest gedurende de arbeid in de toekomst een grote vlucht nemen: in de literatuur worden voorspellingen gedaan van 10.000-20.000 sterfgevallen voor de komende twintig jaar.¹¹²

Deze hausse is met name te wijten aan het feit dat vele asbestgerelateerde ziekten een (zeer) lange incubatieperiode kennen, die meerdere decennia kan bedragen, terwijl het gebruik van asbest nog zijn hoogtepunt had in 1978, samenhangend met de opkomst van de auto, scheepsbouw-, bouw- en algemene industrie. Een andere oorzaak is gelegen in de traagheid waarmee de Nederlandse overheid preventieve maatregelen heeft getroffen. Hoewel in 1964 zelfs een wereldconferentie is gewijd aan de schadelijke gezondheidsgevolgen van asbestblootstelling, zijn in Nederland pas jaren na de publicatie van het bekende proefschrift 'Asbest in een bedrijfsbevolking' van dr. Stumphius in 1969 maatregelen van betekenis genomen. Het heeft zelfs tot 1993 geduurd voordat de Arbeidsinspectie een volledig verbod op het gebruik van asbest heeft ingesteld.¹¹³

Ook bestaat steeds meer aandacht voor nieuwe beroepsziekten, vooral vanuit de hoek van verzekeraars. Dit is nauwelijks verwonderlijk te noemen, want de nieuwe beroepsziekten van vandaag zijn immers de claims van morgen. 'Nieuwe' beroepsziekten zijn bijvoorbeeld (meervoudige) chemische overgevoeligheid, legionellose en de ziekte van Lyme. Deze laatste ziekte treft met name landbouwers, bermwerkers, boswachters en diervverzorgers. Wat te denken van telefoonmonteurs met een tumor in het oor of het hoofd (straling), distributiemedewerkers met longklachten als gevolg van gegaste con-

111 Denk aan 'klassiekers' als HR 6 april 1990, NJ 1990, 573, LJN AB9376 (Janssen/Nefabas) en HR 25 juni 1993, NJ 1993, 686, LJN AC1907 (Cijssouw/De Schelde I); vgl. Van Dunné 1994 en Sinninghe Damsté & Burdorf 2009.

112 Swuste & Burdorf 1994, p. 115. Zie met name De Ruiter 1997.

113 First International Asbestos Conference van de New York Academy of Sciences, vgl. Swuste 1994, p. 4-12.

tainers of vliegtuigtechnici- en personeel met een 50 maal verhoogde kans op epilepsie als gevolg van laagfrequente geluidstrillingen?¹¹⁴

Maar de term ‘nieuwe’ beroepsziekten dekt ook reeds lang bekende beroepsziekten die zich tegenwoordig in een nieuw jasje voordoen, bijvoorbeeld vanwege recente veranderingen in arbeidsomstandigheden. Voorbeelden daarvan zijn bijvoorbeeld borstkanker van vrouwen die veel in nachtdienst werken: zij hebben 50% meer kans op borstkanker dan vrouwen die niet in de nachtelijke uren werken. In die zin is borstkanker een ‘nieuwe’ beroepsziekte geworden voor vrouwelijke werknemers. Ook werknemers die veel in ploegendienst werken of onder hoge psychische druk, zoals fabriekarbeiders maar ook managers, docenten en brandweerlieden blijken een grotere kans te maken op hart- en vaatziekten, zodat daarmee een beroepsmatige relatie is gegeven. Een aparte groep vormen de werknemers (en hun kinderen) die werken met cytostatica, wat de vruchtbaarheid en erfelijke factoren nadelig beïnvloedt; dit kan betrekking hebben op werknemers in ziekenhuizen, in de thuiszorg, verpleegtehuizen, diergeneeskundige praktijken, etc.¹¹⁵

De in deze paragraaf genoemde beroepsziekten zijn echter slechts enkele van velen. Het ligt voor de hand dat het massaal voorkomen van ‘nieuwe’ beroepsziekten tot zeer aanzienlijke kosten voor alle partijen zal leiden: werkgevers, werknemers, verzekeraars, de overheid en uiteindelijk ook de belastingbetaler die de sociale zekerheid moet financieren.

2.6 *Maatschappelijke ontwikkelingen*

2.6.1 *Claimcultuur*

Het publiek wordt zich in toenemende mate bewust van de mogelijkheid en zijn recht om een vordering tot schadevergoeding wegens aansprakelijkheid in te stellen. Zo valt redelijkerwijze te verwachten dat werknemers eerder hun werkgever aansprakelijk zullen stellen naarmate zij meer beseffen, dat hun kwaal of aandoening een *beroepsziekte* is. De media en de vele patiëntenverenigingen spelen bij deze groeiende bewustwording en toenemende bereikbaarheid van informatie een belangrijke rol.¹¹⁶ De patiëntenverenigingen die hun ‘cliënten’ op hun rechten wijzen, schieten als paddestoelen uit de grond, terwijl de letselschadeadvocaten zich hierbij evenmin onbetuigd laten.

¹¹⁴ Aldus Alves Pereira op het symposium ‘Nieuwe beroepsziekten’ op 5 maart 2008, georganiseerd door FNV Bureau Beroepsziekten.

¹¹⁵ Spreuwers 2008.

¹¹⁶ Vgl. Faure & Hartlief 1995, p. 73-75.

Ook de sociale afstand tussen de werkgever en de werknemer is in de laatste decennia aanmerkelijk kleiner geworden: de werkgever is niet langer de ‘broodheer’ van de gehele familie, de verhuurder van de woning én de uitbater van het enige dorpswinkeltje binnen loopafstand. Dankzij een moderne infrastructuur kan de hedendaagse werknemer in wezen werken waar hij wil en dat geldt ook voor zijn familie. De werkgever heeft niet langer een sociaal bevoorrechte positie ten opzichte van de werknemer. Een betere educatie en toegang tot informatie betekent ook dat de gelaedeerde werknemer meer besef heeft van zijn rechten: na een arbeidsongeval neemt hij niet meer als vanzelfsprekend genoegen met een bezoekje en een bos bloemen van de directeur. Zo is de werknemer assertiever geworden, wat opnieuw leidt tot een verhoogde claimbereidheid. Zoals reeds eerder vermeld ontkomt hij zelf hier ook niet aan wanneer zijn (financiële) schade ernstig is: de verschraalde sociale zekerheid dwingt hem vermoedelijk daartoe.

Deze, en andere factoren zoals die welke reeds in de bovenstaande paragrafen aan de orde zijn gekomen, brengen met zich dat de druk op het (werkgever) aansprakelijkheidsrecht en de (werkgever-)aansprakelijkheidsverzekering toeneemt. Kennelijk zelfs in zo vergaande mate, dat in 1999 de Minister van Justitie Donner het nodig vond om de aandacht van de Tweede Kamer te verzoeken voor de ontwikkeling van een heuse ‘claimcultuur’.¹¹⁷ De strekking van zijn – overigens zeer uitvoerige – betoog leek te zijn, dat indien er sprake is van een toename van claims – waarvoor hij (helaas) geen enkele statistische onderbouwing bood – dat onwenselijk zou zijn. Hoewel op dit betoog veel was af te dingen, hebben opvolgende bewindslieden hier tot op heden nog geen woord van teruggenomen. In de juridische literatuur is de nota over de claimcultuur met weinig sympathie of overtuiging ontvangen: zo spreekt Van Boom in dit verband over het ‘claimcultuur-spook’.¹¹⁸

Zo wees de Minister als belangrijke oorzaak van het toegenomen beroep op het werkgeversaansprakelijkheidsrecht onder meer naar de afbouw van de sociale zekerheid die, als de door de Commissie Donner II gepresenteerde plannen doorgang vinden, slechts verder zal afkalven. De overheid heeft dit zelf in de hand gewerkt, zoals hij impliciet toegaf.¹¹⁹ Het valt echter moeilijk

117 TK 1998-1999, 26 630, nr. 1. Zie ook Bauw 1999. Zie voor een kritische commentaar op de brief van de Minister: Faure & Hartlief 1999, p. 75 e.v. Als gevolg van de gesignaleerde verminderde aanvaarding van persoonlijke risico's en de toenemende aanspraken tot schadevergoeding door de overheid (zoals in het geval van calamiteiten, zoals wateroverlast) wil de regering zich nader bezinnen op een visie op het aansprakelijkheidsrecht, vgl. TK 2001-2002, 28 000 VI, nr. 2 p. 26.

118 Van Boom 2004b, p. 1.

119 Wat door het kabinet wordt erkend, vgl. TK 1998-1999, 26 630, nr. 1, p. 2 e.v.

in te zien op welke wijze het verwerpelijk of bezwaarlijk is dat de houder van een legitiem vorderingsrecht tot vergoeding van zijn letselschade zich middels het civiele (werkgevers-)aansprakelijkheidsrecht wendt tot de voor zijn schade aansprakelijke partij – wat de stand van de sociale zekerheid dan ook moge zijn. Zeker is het meer begrijpelijk, indien en naarmate de sociale zekerheid minder te bieden heeft; het beginsel dat de gelaedeerde partij zo veel als mogelijk in de positie en welzijnsniveau van vóór het schadeveroorzakende gedrag c.q. incident moet worden hersteld, is onaangetast.¹²⁰

Weliswaar brengt dit een mogelijke toename van claims met zich, maar dit *behoeft* vanuit verzekeringsrechtelijk perspectief¹²¹ op zichzelf geen probleem te zijn. Wél neemt dan het belang van adequate verhaalsmogelijkheden toe, zodat de vraag naar passende verzekering aannemelijk zal toenemen. Ook dit is geen probleem; niet voor de verzekerden, die zich hiermee indekken tegen het (werkgever-)aansprakelijkheidsrisico, niet voor de slachtoffers die verhaal wensen en zeker niet voor verzekeraars. Opmerkelijk is echter dat een rapport van het Wetenschappelijk Onderzoek- en Documentatiecentrum van het Ministerie van Justitie naar vermeende (algemene) claimstijgingen bij de rechtbank laat zien dat daarvan nauwelijks sprake is, zodat daarmee toch wel de bodem onder de nota van Minister Donner wordt weggevaagd.¹²²

Een laatste opmerking (geenszins limitatief bedoeld) op dit punt is dat, althans theoretisch, de toegenomen kans tot aansprakelijkstelling zou kunnen leiden tot betere preventieve maatregelen aan de zijde van de werkgever.

Vele andere, door de Minister genoemde oorzaken van de oprukkende claim-cultuur zijn al reeds in de voorgaande paragrafen aan de orde gekomen, zodat ik volsta met enkele opmerkingen.

Hoewel ik denk dat de ‘vrees voor Amerikaanse toestanden’ van de Minister ver overdreven is, verdient één van de door hem genoemde aspecten zeker nadere bestudering: de geuite vrees dat (werkgever-)aansprakelijkheidsverzekeraars zich zullen terugtrekken. Hier zijn grote en ingrijpende maatschappelijke belangen mee gemoeid. Een tekort aan verzekeringsdekking zou

¹²⁰ TK 1998-1999, 26 630, nr. 1, p. 6.

¹²¹ Wél is het zo, dat de verzekeringstechnische aard van de verzekering hierin een belangrijke rol speelt. Een verzekering die is gekoppeld aan het werkgeversaansprakelijkheidsrecht moet meevaren op de golven van het werkgeversaansprakelijkheidsrecht, hoe woest of onbeheersbaar die ook mogen zijn. Een verzekering die niet de aansprakelijkheid maar alleen de schade dekt, welke voortvloeit uit de arbeidsrelatie, heeft dit probleem evident in veel mindere mate.

¹²² Eshuis 2003, p. 55.

namelijk kunnen betekenen dat nuttige maatschappelijke werkgeversactiviteiten niet meer (verantwoord) kunnen worden uitgevoerd, dat aansprakelijkheidsclaims tot faillissementen zouden kunnen leiden, dat slachtoffers met lege handen achterblijven, etc.; een bedenkelijk scenario. Die nadere bestudering is nodig want ook verzekeraars wijzen al sinds enige jaren met enige heftigheid op dezelfde vrees – in het bijzonder met betrekking tot de werkgeversaansprakelijkheid.¹²³ Net als de Minister kunnen zij hiervoor echter weinig of geen betrouwbaar statistisch materiaal overleggen.¹²⁴ Anders dan de Minister slagen zij er echter beter in om de kans op realisering van deze vrees te onderbouwen met argumenten als ‘nieuwe’ beroepsziekten, sluipende schade, massaclaims, retroactieve aansprakelijkheid, vereenvoudiging van causaal verband, etc. Deze argumenten kunnen echter in het algemeen weinig overtuigen: zo is het moeilijk in te zien waarom nieuwe beroepsziekten niet een bron van nieuwe verzekeringen kunnen betekenen, waarom reserves met het oog op werkelijk onvoorzienbare sluipende schade niet kunnen worden bijgesteld, etc.

De juristen Faure en Hartlief wijzen er (veelvuldig) op dat een socialisering van het werkgeversaansprakelijkheidsrecht, waardoor de grenzen tussen het werkgeversaansprakelijkheidsrecht en de sociale zekerheid vervagen, zou kunnen leiden tot een onvoorspelbare stijging van claims met onverzekerbaarheid in het kielzog. Toch lijkt dit voorshands niet aannemelijk: enige invloed van socialisering op de frequentie van arbeidsongevallen en beroepsziekten komt mij onwaarschijnlijk voor. De stand van de sociale zekerheid leidt er op zich immers niet toe dat arbeidsongevallen en beroepsziekten vaker voorkomen, het heeft weinig of geen invloed op de bereidwilligheid van de werkgever om een vordering tot schadevergoeding te schikken en het maakt ook de afstand tot de advocaat en de rechtbank niet kleiner. Wellicht maakt de grotere excedentschade als gevolg van de afkalvende sociale zekerheid de werknemer eerder bereid om verhaal te gaan halen bij de werkgever, desnoods in rechte, maar een cijfermatige onderbouwing hiervan is niet te vinden. Zelfs als zou dit anders zijn, dan nog zou dit niet verklaren waarom een stijging van het aantal claims *onverzekerbaar* zou zijn: het gaat dan aannemelijk niet om andere claims dan verzekeraars nu gewend zijn.

¹²³ Bij uitsttek: Faure & Hartlief 1995.

¹²⁴ A-G Spier heeft zich herhaaldelijk beklagd over het gebrek aan transparantie van verzekeraars op dit punt, te meer daar nauwelijks in redelijkheid voor te stellen is dat verzekeraars niet zouden beschikken over dergelijke relevante informatie, die zij aan hun eigen branche kunnen ontlelen. Vgl. zijn conclusies bij HR 15 januari 1999, NJ 1999, 242, LJN ZC2819 (Mastum/NN) en HR 28 mei 1999, NJ 1999, 564, LJN ZC2912 (‘Johanna Kruidhof’). De verklaring voor dit gedrag van verzekeraars ligt vermoedelijk in concurrentieoverwegingen.

Gelijktijdig wijzen Faure en Hartlief erop, dat de Minister met grote stappen voorbijgaat aan de toenemende druk op het aansprakelijkheidsrecht als gevolg van de terugtrekkende overheid – juist dát werkt echter de claimbereidheid van gelaedeerde werknemers in de hand.¹²⁵ Wanneer de essentie van het ‘probleem’, namelijk (mogelijk) toenemende claims van werknemers zijn ingegeven door een primaire compensatiebehoefte, is het wellicht logischer om juist daar de oplossing te zoeken: in een tegemoetkoming aan die compensatiebehoefte. Daarvoor hoeven wij niet over de oceaan te kijken: over de zuidgrens of terug in onze eigen historie is wellicht ver genoeg. Ik kom daar op terug in hoofdstuk 6 paragraaf 6.6.

2.6.2 Onderrapportage en statistische gatenkaas

Hoewel de veelvuldige en opzwepende krantenartikelen over ‘de claimcultuur’ wellicht anders zouden doen vermoeden, leidt artikel 7:658 BW in wezen een verborgen bestaan. Voor ieder arbeidsongeval dat uitmondt in een gerechtelijke procedure, is er een overstelpende meerderheid die in der minne wordt geschikt. Met aan zekerheid grenzende waarschijnlijkheid zijn er nog beduidend méér die nooit tot een op schadevergoeding gerichte confrontatie met de werkgever leiden. Aldus krijgt de jurist, die slechts vanuit de gepubliceerde jurisprudentie bekend is met de werking van dit artikel, slechts het spreekwoordelijke topje van de ijsberg te zien.¹²⁶

Het lijkt een logisch en goed begin om eerst de vraag aan de orde te stellen, *hoeveel* arbeidsongevallen en beroepsziekten er überhaupt in Nederland zijn. Het blijkt buitengewoon moeilijk te zijn om betrouwbare, exacte, recente cijfers te vinden aangaande de incidentie van arbeidsongevallen en beroepsziekten in Nederland. Dit komt vooral doordat, in tegenstelling tot andere Europese landen, Nederland sinds de afschaffing van de WAO arbeidsongevallen niet meer registreert als onderdeel van de sociale wetgeving. In 1993 is ook de verplichting om ongevallen met verzuim te melden; in plaats daarvan dienen werkgevers sindsdien ongevallen in een bedrijfsregister bij te houden, die echter niet te herleiden zijn tot nationale statistieken. Het statistisch materiaal dat in Nederland aanwezig is ten aanzien van arbeidsongevallen en beroepsziekten zowel kwantitatief als kwalitatief vergaand onvolledig en (daardoor) onbetrouwbaar.¹²⁷

¹²⁵ Faure & Hartlief 2002, p. 134.

¹²⁶ Juist om deze reden heb ik vele contacten gelegd met ‘praktijkmensen’ van letselschadekantoren, vakbondsorganisaties en verzekeraars.

¹²⁷ Zie Van Balen 1991, Gorissen & Schröer 1995, hoofdstuk IV (p. 115-172), Willems 1985 en Van Putten, Smit & Sikkema-de Graaff 1990.

Voor wat het waard is: de Arbeidsinspectie rapporteerde in haar meest recente jaarverslag (2008) dat aan haar 3.543 arbeidsongevallen waren gemeld in 2007.¹²⁸ Zelf schat de Arbeidsinspectie, door rekening te houden met meldingen in kranten, reportages, verzekeraars, ziekenhuizen, bedrijfsverenigingen et cetera dat het werkelijke aantal arbeidsongevallen rond 180.000 incidenten per jaar moet liggen.¹²⁹ Met andere woorden: de beschikbare gegevens wijken volkomen af van de realiteit. De informatie die de Arbeidsinspectie uiteindelijk doorspeelt aan het Directoraat Generaal van de Arbeid van het Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid is dan ook dubieus en vermoedelijk een vergaande onderschatting van de werkelijke stand van zaken. Volledigheids-halve: het Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid rapporteerde in de Arbobalans 2007/2008 3.200 meldingen van ernstige arbeidsongevallen met ziekteverzuim in 2007, waarvan circa 80 met dodelijke afloop.¹³⁰ Hieronder zijn ook ziekmeldingen wegens psycho-sociale klachten inbegrepen. Dergelijke cijfers zijn niet sterk onderbouwd en gezien het gevaar van onder-rapportage niet geschikt als wetenschappelijk verantwoorde bron.

Het Nederlands Centrum voor Beroepsziekten ontving in 2006 5.480 meldingen van beroepsziekten die aan de meldingscriteria voldeden.¹³¹ Niettemin de moeilijke toegankelijkheid van gegevens, schat het NCvB het jaarlijks aantal nieuwe beroepsziekten op een aanzienlijk veelvoud hiervan: circa 20.000.¹³² Voorts schat het NCvB, op grond van een vergelijking met (qua populatieopbouw en arbeidsomstandigheden vergelijkbare) Finland dat de jaarlijkse werkgerelateerde sterfte in Nederland mag worden geschat op 5.000 tot 6.000 gevallen,¹³³ héél iets anders dan de circa 90 gevallen welke het bovengenoemde Ministerie weet te melden.

Ook het Nederlands Instituut voor Arbeidsomstandigheden (NIA) maakt statistieken over de frequentie en aard van arbeidsongevallen en beroepsziekten in Nederland. Daar de registratie gebeurt door middel van steekproeven waaraan op vrijwillige basis wordt deelgenomen, kan van deze bron evenmin worden gesteld dat het om betrouwbare cijfers gaat. Zo is het onwaarschijnlijk dat arbeidsongevallen in de landbouwsector hier representatief in zijn vertegenwoordigd.

¹²⁸ Arbeidsinspectie 2007, p. 23.

¹²⁹ In 1989 werden er 65.622 arbeidsongevallen aangemeld bij het Directoraat-Generaal van de Arbeid, hetgeen neerkomt op 18,5 arbeidsongevallen per 1.000 arbeidsjaren. Deze gegevens zijn ontleend aan Boven 1993, p. 26.

¹³⁰ TNO Kwaliteit van Leven, 2008, p. 78-80.

¹³¹ NCvB2007, p. 15.

¹³² NCvB 2001, p. 18.

¹³³ NCvB 2002, p. 15.

Ook de landelijke verzekeraars verkondigen wijd en zijd dat zij delen in dit gebrek aan kennis, hetgeen overigens te denken geeft voor een bedrijfstak die zozeer afhankelijk is van statistische informatie.

Kortom, het beschikbare statistisch materiaal in Nederland over arbeidsongevallen en beroepsziekten is als de spreekwoordelijke gatenkaas: het heeft beroerde kwaliteit en betrouwbaarheid. Hiervoor zijn diverse oorzaken aan te wijzen. De eerste en meest belangrijke oorzaak voor dit probleem schuilt in de aard van de WAO en de WIA, die geen onderscheid maken tussen 'risque social' en 'risque professionnel'. Daar de oorzaak van arbeidsongeschiktheid niet relevant was (en is) voor de uitkeringsgerechtigdheid van de WAO, werd decennialang gemeend dat het registreren van dergelijke informatie derhalve geen zin had. Halverwege de jaren '90, toen geleidelijk meer aandacht ontstond voor het belang en de toekomstige impact van beroepsziekten, werd algemeen bekend dat Nederland niet of nauwelijks beschikte over eigen statistische gegevens met betrekking tot arbeidsongevallen en beroepsziekten. Dat de registratie van arbeidsongevallen minstens even beroerd mag worden genoemd, is een omstandigheid die veel minder politieke of publieke interesse geniet.

De tweede, minder bekende oorzaak betreft de gebrekkige structuur voor de klinische arbeidsgeneeskunde in Nederland.¹³⁴ Het herkennen, diagnostiseren en behandelen van beroepsziekten is in Nederland een onderontwikkelde wetenschap. Niet alleen voor de slachtoffers, maar ook vanuit het oog van preventie is dit een betreurenswaardige staat van zaken. Het wekt verbazing dat in de Nederlandse politieke sferen zo weinig belangstelling voor dit probleem bestaat. De oprichting van het Nederlands Centrum voor Beroepsziekten valt vanuit dit oogpunt applaus ten deel, maar het was wel *vé*r over tijd.¹³⁵ Hoewel Arbodiensten wettelijk verplicht zijn vermoedde beroepsziekten te melden bij het NCvB, meldt dit instituut jaarlijks een vergaande mate van onderreportage en -registratie, zodat er aannemelijk nog veel water onder de brug zal vloeien voordat hier kan worden gesproken van *representatieve* cijfers. In haar (vierde) jaarrapport van 2002 meldt het NCvB bijvoorbeeld dat: "Op basis van de registratiecijfers zijn nauwelijks valide schattingen te maken van de incidentie (aantal nieuwe gevallen per jaar) en prevalentie (aantal bestaande gevallen binnen een tijdsperiode) van beroepsziekten." En: "Een goed beeld van de totale gezondheidsschade door werk in Nederland is er niet."¹³⁶ Of: "Er is slechts een klein aantal beroepsinfectieziekten gemeld door bedrijfsartsen.

¹³⁴ Vgl. het pleidooi van het NCvB 2002, p. 16.

¹³⁵ Sinds 1 november 1999 zijn de Arbodiensten wettelijk verplicht om beroepsziekten te melden bij het Nederlands Centrum voor Beroepsziekten.

¹³⁶ NCvB 2002, p. 11 resp. p. 12.

Dit aantal wordt niet als representatief beschouwd.”¹³⁷ Deze opmerkingen zouden evenzeer kunnen zijn gemaakt met betrekking tot de landelijke registratie van arbeidsongevallen.

Een derde reden vormt de aanzienlijke onderrapportage van arbeidsongevallen en beroepsziekten. Zo zijn werkgevers en bedrijfsverenigingen weliswaar in principe verplicht om geconstateerde arbeidsongevallen en beroepsziekten aan de Arbeidsinspectie te melden, maar dit stelt in de praktijk werkelijk weinig voor.¹³⁸ Hiervoor zijn zeer vele oorzaken. Om slechts enkele te noemen: vele werkgevers, met name de kleinere ondernemers, *weten* (beweerdelijk) niet eens van deze verplichting uit eigen beweging wanneer zij ernaar worden gevraagd.¹³⁹ Gelet op de aanzienlijke hoeveelheid wet- en regelgeving waarmee een werkgever wordt geconfronteerd, is het wellicht niet heel verwonderlijk dat een werkgever zonder eigen personeelsmanager of Human Resources Department deze specifieke kennis soms mist – maar onwenselijk blijft het wel.

Indien de werkgever verwacht dat het letsel met de spreekwoordelijke sisser zal aflopen (de werknemer herstelt, de werkgever wordt niet aansprakelijk gesteld, de Arbeidsinspectie komt niet informeren), dan valt – uitgaande van het standpunt van de werkgever – niet onmiddellijk in te zien, waarom hij een en ander zal melden. Doet hij dit niet, dan heeft dit weinig of meer waarschijnlijk geen nadelige consequenties, doet hij dit wel, dan brengt het geen enkel voordeel met zich maar trekt hij slechts op een negatieve wijze de publieke aandacht naar zich toe. Hij wordt hierin gesterkt door de politiek middels populaire kreten als “terugtrekken van de overheid”, “eigen verantwoordelijkheid”, “vermindering van de belasting van het bedrijfsleven” et cetera. Dit leidt tot een vicieuze cirkel: naarmate werkgevers constateren dat een tekortkoming in het naleven van de wettelijke verplichtingen geen nadelige consequenties heeft, zijn zij minder geneigd om arbeidsongevallen te melden.

Aan de zijde van de bedrijfsarts zijn er veel hindernissen te overwinnen. Slechts de helft van de bedrijfsartsen meldt gevallen van beroepsziekten aan het NCvB.¹⁴⁰ Ondanks de expliciete wettelijke verplichting daartoe, kan, mag of wil de andere helft kennelijk niet de moeite opbrengen voor het ‘administratieve gedoe’.¹⁴¹

¹³⁷ NCvB 2002, p. 75.

¹³⁸ Art. 9 Arbeidsomstandighedenwet.

¹³⁹ Door mij.

¹⁴⁰ Zo meent 43% van de bedrijfsartsen dat melden te veel tijd kost, terwijl 41% aanvoert niet over voldoende gegevens met betrekking tot de causaliteit te beschikken. 19,9% verklaart dat het melden van beroepsziekten niet ‘leeft’ binnen zijn Arbodienst. Zie NCvB 2001, p. 16.

¹⁴¹ Slechts de helft van de Nederlandse bedrijfsartsen meldt beroepsziekten, wat de representativiteit en inzicht natuurlijk niet ten goede komt; aldus het NCvB 2002, p. 75.

Ook de aard van specifieke beroepsziekten kan leiden tot onderreportage: zo manifesteren ziekten met een lange latentietijd, zoals mesothelioom, zich dikwijls pas wanneer de betrokken werknemer al is gepensioneerd en blijven derhalve buiten het zicht van de Arbodiensten. Dit geldt ook voor beroepsziekten die niet tot verzuim leiden, hetgeen vaak het geval is bij lichte eczeem of beroepsslechthorendheid. Niet iedere beroepsziekte wordt (om zeer uiteenlopende redenen) door hen als zodanig herkend. Veel werknemers consulteren niet de bedrijfsarts maar een huisarts, zeker wanneer er sprake is van een ziekte met een lange incubatieperiode.

De meeste zelfstandigen hebben echter geen eigen Arbodienst maar consulteren hun eigen huisarts of specialist. Werknemers hebben überhaupt geen enkel belang om in statistieken te worden opgenomen en ondernemen daartoe dan ook begrijpelijk geen moeite. Beroepsziekten van illegale werknemers worden al niet gemeld aan het NCvB. Ook zelfstandigen, vrijwilligers, zwartwerkers, vakantiekrachten en uitzendkrachten vallen doorgaans buiten het blikveld van reguliere arbozorg en daarmee ook buiten de statistieken.

Hieronder volgt een ruwe, nadrukkelijk persoonlijke schatting van de arbeidsongevallen per jaar en de daaruit voortvloeiende schikkingen en processen, uitgaand van 100.000 arbeidsongevallen. (Beroepsziekten zijn hier nadrukkelijk buiten beschouwing gelaten vanwege de aanzienlijk zwaardere problemen die beroepsziekten bewijsrechtelijk met zich brengen, zoals het aantonen van het causaal verband tussen de gezondheidsschade en de arbeidsomstandigheden. Vermoedelijk zou dit echter leiden tot verhoudingen die nóg scherper zijn.) De genoemde verhoudingen zijn een neerslag van wat door in letselschaderecht gespecialiseerde advocaten (van zowel kleine, medium grote als grote advocatenkantoren), vakbondsmedewerkers en verzekeringsmedewerkers in interviews voor dit doel aan mij is meegedeeld.

100.000	arbeidsongevallen;
90.000	arbeidsongevallen waarin de werknemer in zijn schade berust;
10.000	arbeidsongevallen waarin de werknemer zijn werkgever aansprakelijk stelt voor zijn schade;
9.000	schikkingen tussen werknemer en werkgever zonder deskundige tussenkomst;
1.000	schikkingopgaven met deskundige tussenkomst (advocaten, FNV, rechtsbijstandverzekeraar, etc.);
950	geslaagde schikkingen m.b.v. deskundige tussenkomst;
50	gefaalde schikkingopgaven ondanks deskundige tussenkomst;
45	dagvaardingen; (5 werknemers zien om hun moverende redenen af van een procesgang of verdere onderhandelingsopgaven);
20	hoger beroep
1	cassatie

Let wel: hiermee is slechts een impressie, een algemene indicatie beoogd, gebaseerd op wat mij consistent in de Nederlandse rechtspraktijk rond de laat-

ste eeuwwisseling is meegedeeld, en nadrukkelijk *geen* exacte, wetenschappelijk verantwoorde analyse. Wat ik aan de hand van dit overzicht duidelijk wil maken is dit: wie afgaat op de jurisprudentie van de Hoge Raad ziet slechts het topje van de ijsberg van wat er speelt in de rechtspraktijk op het gebied van arbeidsongevallen. Daar komt bij dat, gelet op de snelle veranderingen die de laatste jaren in het werkgeversaansprakelijkheidsrecht hebben plaatsgevonden, het voorkomt dat de bereidheid om in cassatie te gaan is gestegen. Wij zien in de laatste jaren immers zeker vijf nieuwe arresten van de Hoge Raad over art. 7:658 BW per jaar, terwijl het aantal arbeidsongevallen stellig niet evenredig is toegenomen.

Het bovenstaande lijstje suggereert voorts in sterke mate dat een belangrijk percentage van de door een arbeidsongeval getroffen werknemers zelf zijn schade draagt (voor zover deze niet door andere vergoedingssystemen wordt opgevangen). Wanneer aan dit vermoeden het vermoeden wordt gekoppeld dat vele arbeidsongevallen het gevolg zijn van een verwijtbare tekortkoming van de werkgever in zijn wettelijke zorgplicht ex art. 7:658 BW, dan volgt daaruit de conclusie dat vele werknemers zelf de schade dragen waarvoor een ander, namelijk de werkgever, verantwoordelijk is. Het aansprakelijkheidsrecht schiet ten aanzien van arbeidsongevallen en beroepsziekten kennelijk tekort in de doelstelling om de schade dáár te plaatsen, waar deze thuishoort. Deze toestand lijkt mij moeilijk te rechtvaardigen.

4 De reacties van verzekeraars

4.1 *Het METRO-rapport*

In 1995 heeft het onderzoeksinstituut METRO in opdracht van het Nederlands Verbond van Verzekeraars het rapport 'Verzekering en de groeiende aansprakelijkheidslast' gepubliceerd.¹⁴² Dit onderzoek richtte zich op de 'onvoorziene en onvoorzienbare' financiële consequenties van beroepsziekten voor verzekeraars tussen 1993 en 2005. In het meest rampzalige scenario zouden zowel de kosten per claim als de hoeveelheid claims toenemen tot € 314 miljoen in 2005. Let wel: de data waarop het onderzoek zich baseerde, waren ontleend aan getransponeerde Duitse statistische gegevens over een periode van slechts vier jaren vóór de val van het IJzeren Gordijn, met een grote extrapolatie naar de toekomst – een hachelijke voorspelling.¹⁴³ Ook ver-

¹⁴² Faure & Hartlief 1995.

¹⁴³ Vgl. Haazen & Spier 1995, p. 141-148.

klaarde het onderzoek niet wat de *aard* van de voorspelde kosten zou zijn – waarover het Verbond overigens na 2005 het zwijgen toe heeft gedaan.

Het heeft lang geduurd voordat verzekeraars zelf een aanvang maakten met het nemen van adequate maatregelen om de door hen gesignaleerde problemen het hoofd te bieden. Zo wijst Spier er op dat het verschijnsel ‘sluipende schade’ (bijvoorbeeld asbestose) al vanaf circa 1970 bekend is.¹⁴⁴ Maar verzekeraars pasten pas in de jaren negentig hun polissen aan om de consequenties van sluipende schade te beheersen. En zijn de ‘onvoorzienbare ontwikkelingen’ werkelijk zo onvoorzienbaar geweest? Zo kan van de neiging van wetgevers en rechters om de werknemer in steeds toenemende mate te beschermen, niet gezegd worden dat zij uit de lucht is komen vallen. Die trend is al ruim een eeuw oud.

De vraag rijst of verzekeraars beoogden om met deze publicatie en alle daaruit voortvloeiende media-aandacht gunstige wetgeving te bewerkstelligen.¹⁴⁵ Tot op heden is deze evenwel te zijn uitgebleven. Maar een ander doel is wel bereikt: het aanzetten van een maatschappelijke en politieke discussie tot hervorming van het werkgeversaansprakelijkheidsrecht. Het nut van zo’n debat is al bij voorbaat gegeven, al was het maar omdat het om zo’n groot maatschappelijk belang gaat dat er een kalibrerende werking kan uitgaan van een periodieke toetsing van haar uitgangspunten en functioneren. Daar komt bij dat, gezien de maatschappelijke onmisbare functie van verzekeringsmaatschappijen, niemand er bij gebaat is wanneer zij zich van (werkgevers-)aansprakelijkheidsrisico’s zouden afwenden omdat deze niet meer verzekeraar zouden zijn. Zonder de mogelijkheid van een adequate verzekering brengt de deelname van werkgevers aan het economisch verkeer onredelijke en onwenselijk grote risico’s met zich, waarvan met name werknemers het slachtoffer worden.¹⁴⁶ Spier en Haazen menen dat er “(...) een algemeen belang mee gediend is dat verzekeraars zich niet storten in onpeilbare diepten. De samenleving als geheel is gebaat bij solide verzekeraars.”¹⁴⁷

Het laatste maatschappelijke en politieke debat over de werkgeversaansprakelijkheid en de vraag, hoe deze moest worden gedragen, werd in 1967 afgerond. Dit vond destijds plaats in een tijdsgeest waarin de trauma’s van de Tweede Wereldoorlog nog na-ebden. Sindsdien – vier decennia later – is het maatschappelijke en politieke aanzien van Nederland vergaand veranderd en

¹⁴⁴ Spier 1990, p. 32.

¹⁴⁵ Vgl. Faure 1996, p. 1235 en Haazen & Spier 1996, p. 48.

¹⁴⁶ Vgl. Faure 1995, p. 1235.

¹⁴⁷ Spier & Haazen 1996, p. 146.

is het stellig tijd om dit debat nog eens te voeren. Maar zo'n debat dient wel te worden gefundeerd op solide uitgangspunten, zoals betrouwbare statistische informatie ten aanzien van Nederlandse arbeidsomstandigheden – niet op basis van vergaand geconverteerde statistieken van andere landen met discutabele extrapolaties. Verzekeraars kunnen bij uitstek hun gesprekspartners van dergelijke informatie voorzien, althans wanneer zij het beroep op de concurrentiegevoeligheid van dergelijke informatie omwille van het branchebelang en het algemeen belang zouden laten varen.

4.2 *Poliswijzigingen*

Een belangrijke reden waarom de ontwikkelingen in het werkgeversaansprakelijkheidsrecht aanleiding geven tot onrust in de gemoederen van de verzekeraars, is gelegen in de aard van de thans in Nederland vigerende AVB-polis. Deze is logischerwijs gebaseerd op het aansprakelijkheidsrecht, wat betekent dat iedere nieuwe ontwikkeling in het werkgeversaansprakelijkheidsrecht effect heeft op de reikwijdte en dekking van de AVB-polis. Tot 1996 was de AVB-polis geënt op het loss-occurrence systeem, wat echter voor grote problemen zorgde (waarop ik in een volgende paragraaf nader zal ingaan), zodat de auteurs van het reeds eerder genoemde METRO-rapport met klem adviseerden om over te schakelen naar een ander dekkingssysteem: de claims made-polis. Deze suggestie is door de Afdelingscommissie Algemene Aansprakelijkheid van de Verbond van Verzekeraars ogenblikkelijk overgenomen en heeft geleid tot het nieuwe polismodel AVB 1996, waarin de werkgeversaansprakelijkheid is geïncorporeerd.¹⁴⁸ Gezien de grootschalige overname door verzekeraars zullen anno 2009 de meeste AVB-verzekeringen op het claims made-systeem gebaseerd zijn.

In het volgende zal kort aan de orde komen, waarom het loss occurrence-systeem niet meer voldoet en waarom de claims made-polis risico's beter beheersbaar zou moeten maken voor de verzekeraars. Ook de voor- en nadelen van polissen op claims made-grondslag zullen hierbij aan de orde komen. In het bijzonder wordt echter stil gestaan bij een nieuwe vorm van verzekering, die zeer geschikt lijkt om de risico's van de arbeidsvloer te dekken: de directe verzekering.

¹⁴⁸ Vgl. Verbond van Verzekeraars 1997. AVB staat voor Aansprakelijkheidsverzekering voor Bedrijven.

4.2.1 *De loss occurrence-polis*

Het loss occurrence-systeem is vanaf de jaren zeventig tot halverwege de jaren negentig op ruime schaal gehanteerd als grondslag voor de AVB-polis.¹⁴⁹ Het kenmerkt zich door de veronderstelling dat schade zich onmiddellijk na de schadeveroorzakende handeling/nalaten verwezenlijkt en het tijdstip van beiden duidelijk is aan te duiden – kortom, de typische situatie van een arbeidsongeval. Begin jaren negentig begon het echter het besef tot verzekeraars door te dringen dat deze situatie niet gold voor de sluipende beroepsziekten.¹⁵⁰

Uitkering vindt plaats wanneer de *schade* tijdens de looptijd van de polis is ontstaan, volgens de voorwaarden die op dat moment gelden. Het is niet relevant of de gebeurtenis die de schade heeft veroorzaakt ook binnen die periode valt of zelfs daaraan voorafgaand is geschied, of dat pas na het verlopen van de polis wordt geclaimd.¹⁵¹

Maar wanneer is sluipende schade ontstaan? De neiging van de rechterlijke macht tot het beschermen van het slachtoffer en het daartoe ruimhartige zin uitleggen van de polisvoorwaarden hebben tot diverse door verzekeraars onvoorziene c.q. onvoorzienbare uitkeringen geleid.¹⁵² In de woorden van Spier en Haazen: “Bezien vanuit de optiek van verzekeraars is een occurrence-dekking daarom allesbehalve het paradijs op aarde.”¹⁵³ Om deze reden heeft het Verbond van Verzekeraars haar leden geadviseerd om over te stappen naar een (destijds) nieuwe dekkingsmethode: de claims made-polis.

4.2.2 *De claims made-polis*

In 1996 introduceerden de Nederlandse aansprakelijkheidsverzekeraars een nieuwe verzekeringspolis voor de bedrijfsaansprakelijkheidsverzekering; deze werd met referentie naar zijn theoretische grondslag de claims made-verzekering genoemd.¹⁵⁴

Essentieel voor het karakter van de claims made-polis is dat de *claim* door de derde *binnen de polistermijn* moet zijn gemaakt; waarbij in de verschillende varianten van de claims made-polis het moment van claim bij de verzekerde

149 Vgl. Wansink 1987, p. 113 en Spier & Haazen 1996, p. 24.

150 Vgl. HR 25 juni 1993, NJ 1993, 686, LJN AC1907 (Cijssouw/De Schelde I). Zie ook Spier 1990.

151 Zie Wansink 1987, p. 103-104.

152 Vgl. Wansink 1987, p. 91 en 107.

153 Spier & Haazen 1996, p. 7.

154 Zie in het algemeen het themanummer ‘Polismodel AVB 1996’ van A & V 1996, nr. 6 en Spier & Haazen 1996.

bepalend is, dan wel het moment dat de claim bij de verzekeraar is gemeld.¹⁵⁵ Anders dan bij de loss occurrence-polis, welke uitgaat van het moment van het veroorzaken van de schade, is dit moment precies vast te stellen, in dier voege dat in wezen een fictief moment wordt gehanteerd.

Het claims made-systeem sluit in beginsel het uitloopriscico volledig uit: wanneer de polis is geëxpireerd, vervalt daarmee ook iedere dekking voor de verzekerde, in tegenstelling tot de loss occurrence-polis.¹⁵⁶ (Uiteraard kunnen de verzekerde en de verzekeraar anders overeen komen, maar aan een dergelijke namelding of omstandighedendekking – waarmee het specifieke karakter van de claims made-verzekering geweld wordt aangedaan – zal wel een extra prijskaartje hangen voor de verzekerde.¹⁵⁷) Hiermee is gepoogd een einde te maken aan het risico, dat de verzekeraar wordt geconfronteerd met een claim voortvloeiende uit een schadeveroorzakende gebeurtenis, welke misschien al 25 jaar geleden heeft plaatsgevonden binnen de looptijd van een – inmiddels reeds lang afgelopen – contract, maar waarvoor hij wel aansprakelijk en derhalve nog steeds uitkeringsplichtig is.

Het inloopriscico is daarentegen ‘in beginsel’ volledig gedekt. De Afdelingscommissie Algemene Aansprakelijkheid van het Verbond van Verzekeraars voegt hier echter aan toe dat het voorrisico eisen stelt aan “(...) de risicobeoordeling en premiestelling door verzekeraars. Dit is maatwerk. Het is daarom verstandig de acceptatieprocedure zo in te richten, dat bij iedere nieuwe aanvraag de beoordeling van het voorrisico expliciet aandacht krijgt.”¹⁵⁸

Veel verzekeraars hebben hier nota van genomen en stellen in hun polis een beperking aan de inloop. Dit kan bijvoorbeeld gebeuren door geen enkele dekking te verlenen voor gebeurtenissen die hebben plaatsgevonden voorafgaande aan de inwerkingtreding van de polis of, in een iets mildere vorm, vanaf de zogenaamde ‘retro-active date’ of zelfs door te eisen dat de gebeurtenis, waarop de claim is gebaseerd, ook binnen de looptijd van de polis heeft plaatsgevonden.¹⁵⁹

Wat zijn nu de voordelen van een claims made-polis? Bezien vanuit het standpunt van de verzekerde lijkt er niet bijzonder veel voor te zeggen. Er zou kunnen worden bepleit dat de premie lager kan uitvallen dan bij een loss occurrence-polis omdat de dekkingsperiode korter zal zijn. Wanneer de ver-

¹⁵⁵ Vgl. Wansink 1987, p. 110 en VvV 1996, p. 3.

¹⁵⁶ Vgl. Wansink 1987, p. 110-111; Spier & Haazen 1996, p. 8.

¹⁵⁷ Vgl. VvV 1996, p. 4.

¹⁵⁸ Idem.

¹⁵⁹ Vgl. VvV 1996, p. 3, Spier & Haazen 1996, p. 8, 30 en 35, Wansink 1987, p. 111.

zekerde zich echter ook wil indekken ten aanzien van voorrisico's, vervalt dit voordeel en kan de te betalen premie zelfs hoger uitvallen.¹⁶⁰ Een duidelijke verbetering is wel dat hij steeds te maken heeft met zijn huidige verzekeraar, zodat hij zich niet meer hoeft te vermoeien met het geharrewar dat eigen is aan het overlappen van verzekeringen.¹⁶¹

Voor de verzekeraar zijn de voordelen van de claims made-polis aanzienlijk. Deze polis voorkomt dat hij wordt geconfronteerd met de gevolgen van ontwikkelingen, welke hij niet in de hand heeft gehad noch behoorlijk heeft kunnen voorzien; tevens hoeft hij niet bevreesd te zijn om uit hoofde van deze polis over vele jaren uit te moeten keren ten gevolge van omstandigheden, die thans nog onvoorzienbaar ver in de toekomst liggen. Kortom: de claims made-polis biedt de verzekeraar meer zekerheid.

De nadelen van een claims made-polis voor de verzekerde lijken echter beduidend zwaarder te wegen dan de voordelen. Indien hij een claim pas na de expiratie indient of na dat moment kan verwachten, krijgt hij hoogst waarschijnlijk niets, tenzij zijn polis hem de mogelijkheid tot namelding of omstandighedendekking biedt¹⁶² – welke hij uiteraard wel moet kopen. Ook spoort dit kenmerk van de claims made-polis aan tot het uitlokken van claims, zodat zij nog binnen de dekkingstermijn vallen.¹⁶³

Ernstiger is dat de verzekerde in een verzekerings-'gat' kan vallen wanneer zowel het uitloopriscico van zijn oude polis als het inloopriscico van de nieuwe polis niet-bestaand of slechts zeer beperkt zijn.¹⁶⁴ De kans hierop is niet onaanzienlijk, nu enerzijds verzekeraars, gezien hun sombere toekomstvisies, geneigd zullen zijn de dekking (qua tijd) zoveel mogelijk te beperken en zij anderzijds en masse overstag zijn gegaan voor de claims made-polis.¹⁶⁵

Er zijn echter nog legio belangrijke(re) bezwaren, die ook de claims made-verzekering niet heeft kunnen wegnemen. Zo hebben Faure en Hartlief er

160 Vgl. Spier & Haazen 1996, p. 25-26.

161 Vgl. Haazen & Spier, 1996, p. 48.

162 Een namelingsperiode biedt de verzekerde de mogelijkheid om aanspraken te melden die weliswaar na de expiratie van de polis zijn ingediend maar voortvloeien uit gedragingen, niet-doen of gebeurtenissen die nog vóór dat tijdstip zijn verricht. Wanneer hij reeds tijdens de polisduur weet van omstandigheden, die voldoende bepaalbaar zijn om mogelijk aanleiding te geven tot een toekomstige aanspraak, vindt hij bescherming in de omstandighedenmelding; dit is met name van belang met betrekking tot het afsluiten van een nieuwe verzekeringsovereenkomst. Vgl. Wansink 1996, p. 124.

163 Haazen & Spier 1996, p. 27.

164 Vgl. Spier & Haazen 1996, p. 42 en 150.

165 Vgl. Spier 1990, p. 33.

met nadruk op gewezen dat de door hen in de nabije toekomst voorziene schadelast van verzekeraars voor een belangrijk deel veroorzaakt wordt door a) een gebrek aan nauwkeurige informatie over arbeidsongevallen en beroepsziekten en, hierdoor, b) een moeilijke risicodifferentiatie.¹⁶⁶ De belangrijkste bijdrage van de claims made-verzekering aan het beperken van deze schadelast is dat, door het beperken van de uitloop van de polis, het long tail-effect (ook een aanzienlijke contribuant aan de schadelast) verminderd wordt. Hiermee wordt echter nog geen oplossing geboden voor de onder a en b genoemde problemen.

De oorzaak voor de 'onverzekerbare' van beroepsziekten ligt echter niet zozeer in de omvang van de schade, maar in problemen als de gebrekkige beheersing van het morele risico, de averechtse selectie en een algemeen gebrek aan informatie over beroepsziekten.¹⁶⁷

Kortom, de hedendaagse Nederlandse verzekeraar heeft aanzienlijke moeite om het verzekerde risico van beroepsziekten behoorlijk te beheersen. Hij kan en kan het risico dat hij verzekert niet behoorlijk inschatten. Een (onderzoek naar een) andere benadering dan de claims made-polis verdient reeds daarom aandacht.

5 Naar een nieuwe regeling: verplichtingen voor de wetgever

5.1 *Inleiding: een toetsing van de WIA aan IAO-verdrag 121.*

De geschetste ontwikkelingen in de vorige paragrafen geven aanleiding tot heroverweging van het werkgeversaansprakelijkheidsrecht, zowel wat betreft arbeidsongevallen als beroepsziekten. Omdat in de praktijk het aansprakelijkheidsrecht veelal pas om de hoek komt kijken wanneer de sociale zekerheid het slachtoffer van een arbeidsongeval of een beroepsziekte niet voldoende financieel soelaas biedt, zal ik 'beginnen bij het begin' door in deze paragraaf de sociale zekerheid in deze heroverweging te betrekken vanuit een verdragsrechtelijke toetsing.

5.2 *Verdragsrechtelijke consequenties van IAO-verdrag 121*

Een toetsing van het Nederlandse recht aan verdragsrecht leidt tot de conclusie dat diverse ingrijpende veranderingen ten aanzien van het arbeidsonge-

¹⁶⁶ Faure & Hartlief 1995, p. 347.

¹⁶⁷ Vgl. Van den Bergh & Faure 1990, p. 24.

vallen- en beroepsziektenrecht door de wetgever noodzakelijk of althans zeer wenselijk zijn. De hierna volgende paragrafen gaan hier nader op in.

Twee institutionele kaders bieden een toetsingmogelijkheid van de Nederlandse sociale zekerheid met betrekking tot slachtoffers van arbeidsongevallen en beroepsziekten: de Internationale Arbeidsorganisatie (een onderdeel van de Verenigde Naties) en de Raad van Europa.

Uit oogpunt van volledigheid is het correct om hier de Europese Code inzake sociale zekerheid te noemen, die in 1990 door de Raad van Europa tot stand is gebracht. Dit verdrag betreft in wezen een herziene versie van het gelijknamige verdrag uit 1964. Maar omdat Nederland de vernieuwde Europese Code niet heeft bekrachtigd (ondanks het feit dat Nederland wel een lidstaat is van de Raad van Europa), is ons land hier niet aan gebonden. Daarom laat ik dit verdrag verder buiten beschouwing.

Voorts kent de IAO in dit kader twee relevante verdragen. Het eerste verdrag betreft IAO-verdrag 102, wat dateert van 1952 en minimumnormen voor sociale zekerheid voor de verdragsstaten voorschrijft. Dit verdrag vormt het uitgangspunt van de reeds genoemde Europese Code. In 1964 kwam IAO-verdrag 121 tot stand, waarvan de uitkeringsnormen hoger liggen dan van Verdrag 102. Nederland heeft beide verdragen geratificeerd: Verdrag 102 in 1962 en Verdrag 121 in 1966. Dit betekent dat Nederland alleen is gebonden aan de uitkeringsnormen van IAO-verdrag 121, zodat ook een inhoudelijke bespreking van IAO-verdrag 102 achterwege kan blijven. Derhalve biedt alleen IAO-verdrag 121 een relevant toetsingkader voor de WIA.¹⁶⁸ IAO-verdrag 121 omvat zowel de particuliere als de publieke sector in de reikwijdte van haar bescherming en heeft daardoor een brede toepassing.¹⁶⁹

Voor vrijwel alle landen in Europa heeft Verdrag 121 slechts betekenis ten aanzien van arbeidsongeschiktheidsuitkeringen vanwege arbeidsongevallen en beroepsziekten. De Belgische Arbeidsongevallenwet en Beroepsziektenwet bijvoorbeeld sluiten hier vrijwel naadloos bij aan. Voor Nederland ligt dit echter anders, omdat wij in de jaren zestig ervoor gekozen hebben om, in afwijking van de sociaalzekerheidsrechtelijke norm in Europa, geen onderscheid te maken naar de oorzaak van de arbeidsongeschiktheid. De 'oude' WAO gooide zowel het *risque professionnel* als het *risque social* op één hoop, zoals ook nu de WIA doet. De Nederlandse keuze destijds heeft nu tot gevolg dat alle arbeidsongeschiktheidsuitkeringen, ongeacht de oorzaak van de

¹⁶⁸ Pennings 2006, p. 31-34.

¹⁶⁹ Art. 4 IAO-verdrag 121.

arbeidsongeschiktheid en ook met betrekking tot nabestaanden-, ziekte- en ouderdomsuitkeringen, aan de norm van IAO-Verdrag 121 moeten voldoen. Dit betekent dus in ieder geval de integrale WIA.

Dit leidt tot de vraag: wat levert een vergelijking tussen de WIA en IAO-verdrag 121 op? Kan de WIA tegen dit hogere verdragsrecht stand houden? Het antwoord is: neen.

5.2 *Risque professionnel*

Nederland is uniek in de Westerse wereld in zoverre dat de loondoorbetalingverplichtingen van de werkgever gelden ongeacht het antwoord op de vraag, of de arbeidsongeschiktheid is veroorzaakt door een arbeidsongeval of beroepsziekte (*risque professionnel*) of zijn ontstaan vindt in de privésfeer. Hiermee is de essentie van het Nederlandse socialezekerheidsstelsel in een notendop weergegeven: het *risque social*.

Wie de moeite neemt om te kijken naar het Belgische of Engelse socialezekerheidssysteem, kan het Nederlandse systeem van *risque social* slechts met verwondering bezien. In beide landen (zoals ook in vrijwel geheel Europa) bestaan aparte regelingen voor arbeidsgerelateerde schade (*risque professionnel*) en niet-arbeidsgerelateerde schade van werknemers. De ‘hoge’ regeling wordt alom gezien als een vorm van sociale solidariteit, een uiting van sympathie naar de werknemer die door zijn inspanningen de economie ondersteunt en daarvan niet financieel de dupe mag worden bovenop zijn letsel. Een hoge sociaalzekerheidsrechtelijke ondersteuning voor werknemers die het slachtoffer zijn van een arbeidsrisico betekent dat zij minder moeite hoeven te doen om het hoofd boven water te houden.

Bovendien zorgt een *risque professionnel*-verzekering voor meer sociale rust binnen de onderneming. Wanneer de schuld van de werkgever, de collega's en de werknemer zelf in belangrijke mate irrelevant is geworden en niet de werkgever, maar de verzekeraar op de schade wordt aangesproken, terwijl ook het procesrecht in belangrijke mate buiten schot blijft met alle daaraan gekoppelde kosten en (emotionele) lasten, ligt het voor de hand dat dit de sfeer binnen een onderneming ten goede kan komen. In België staat dit effect bekend als de ‘sociale vrede op de werkvloer’ en wordt het algemeen als een essentieel en waardevol element van de op *risque professionnel* gebaseerde Arbeidsongevallenwet beschouwd.

Daarnaast kent men in Europa ook ‘algemene’ sociaalzekerheidsrechtelijke uitkeringen van een financieel lager niveau voor de niet-beroepsmatige

arbeidsongeschiktheid. Ook deze uitkeringen zijn een uiting van maatschappelijke solidariteit, maar zij beogen eerder een garantie van bestaanszekerheid dan een compensatie van het gemiste inkomen te vormen.

De rechtvaardiging voor de afwezigheid van onderscheid tussen arbeidgerelateerde en niet-arbeidgerelateerde arbeidsongeschiktheid is verdedigd door Minister Veldkamp: de afwezigheid van enige “(...) onderscheiding – met het oog op de sociale verzekering – wordt (...) onwezenlijk geacht en in strijd met het rechtsbewustzijn van de hand gewezen.”¹⁷⁰ Deze opmerking moet worden gezien in het licht van de naoorlogse tijdgeest, waarin de Nederlandse samenleving een grote sociale gemoedstemming aan de dag legde waarin eenieder op gelijke sociaalzekerheidsrechtelijke bescherming van staatswege mocht rekenen. De tijdgeest werd destijds ook niet, zoals tegenwoordig wel anders is, beïnvloed door financiële beperkingen: de grote gasbel die in 1959 in Slochteren was ontdekt, stond garant voor een ruimhartige financiering van de sociale zekerheid.

Is deze afwijzing van onderscheid nog steeds ‘onwezenlijk’? Vanuit een hedendaags oogpunt is het billijk dat de werkgever de schade vergoedt die door de uitvoering van de arbeidsovereenkomst is ontstaan: hij heeft deze arbeidsovereenkomst immers in het leven geroepen, hij heeft de arbeidsomstandigheden ingericht en hij profiteert van de voordelen van dit alles. Het is dan niet meer dan redelijk dat de werkgever ook de risico’s van zijn eigen bedrijfsmatige activiteiten draagt: niet alleen de lusten, maar ook de lasten. Vanuit dit perspectief is de werkgever de aangewezen partij om de verzekeringslast te dragen voor schade die voortvloeit uit de bedongen arbeidsovereenkomst. Daarentegen kan niet van de werknemer, die tijdens zijn werk van een steiger valt en zijn been breekt, gezegd worden dat deze dit risico heeft opgezocht of geaccepteerd; of hij al dan niet over die steiger zal lopen op moment X op plaats Y en of deze steiger al dan niet deugdelijk is beveiligd is niet zozeer zijn keuze als wel die van zijn werkgever. De werknemer heeft daar weinig in te zeggen. Hierbij past dan ook, dat de werkgever de schade voortvloeiende uit de verwezenlijking van dit risico – een door hem geïnstitueerde handeling – voor zijn rekening neemt, in het bijzonder wanneer hem blaam treft voor het letsel van de werknemer. De reeds door de Hoge Raad aanvaarde (en in de voorgaande paragrafen besproken) verzekeringsplicht van de werkgever is hiervan stellig een weerspiegeling.¹⁷¹

¹⁷⁰ Veldkamp, MvT op de WAO: TK 1962-1963, 7171, nr. 3, p. 2.

¹⁷¹ Een treffende illustratie van deze veranderende tijdgeest betreft Hof Arnhem 27 juni 2006, NJ 2006, 474, LJN AY5993 (‘Zaalvoetballende chauffeur’), vervolgd in HR 14 maart 2008, JAR 2008/306, LJN BG1793 (‘Zaalvoetballende Chauffeur’). Deze chauffeur werd diverse malen arbeidsongeschikt vanwege letsel als gevolg van zijn sportieve hobby. Zijn werkgever

Maar evenzeer valt het vanuit de hedendaagse realiteit, waarin de individuele verantwoordelijkheid voorop staat, de sociale zekerheid vergaand terugschroefd is en de werkgever twee jaar lang loon moet doorbetalen aan de arbeidsongeschikte werknemer, moeilijk te bevatten waarom de werkgever de langdurige financiële lasten moet dragen van risico's die *niets* met de vervulling van de arbeidsovereenkomst te maken hebben, zoals wanneer de werknemer in zijn privétijd een been breekt tijdens de wintersportvakantie. Waarom moet de werkgever eigenlijk de vergaande financiële gevolgen van dit laatste ongeval dragen, terwijl hij er oorzakelijk gezien niets mee te maken heeft?¹⁷²

Met andere woorden, de keuze voor een sociale zekerheid gebaseerd op *risque social* vloeit voort uit maatschappelijke omstandigheden en gezichtspunten die zich nu niet meer voordoen. Minister Veldkamp's gedachtegoed komt niet zo reëel meer over als destijds: het supersociale gevoel is weg. Dit werpt de vraag op: heeft het *risque social* niet inmiddels zijn tijdsgeest overleefd, is het niet dringend tijd om die politieke keuze uit 1967 na ruim veertig jaar eens te toetsen aan *hedendaagse* omstandigheden en opvattingen en deze vervolgens ofwel te bevestigen, ofwel te herzien?¹⁷³

In het verlengde hiervan rijst nog een andere vraag: staat het de Nederlandse wetgever überhaupt vrij om te kiezen voor een *risque social*? Het antwoord daarop luidt nadrukkelijk: nee, want de verplichting om een *risque professionnel* in de sociale zekerheid te hanteren is een verdragsrechtelijke verplichting waartoe Nederland zich op grond van de ratificatie van IAO-verdrag 121 heeft gecommitteerd. Art. 12 van IAO-verdrag 121 stipuleert expliciet dat de werknemer recht heeft op een beroepsrisicogerelateerde uitkering – wat niet anders kan worden verstaan dan als een uitkering op basis van *risque professionnel*. Dit betekent dat Nederland vanuit sociaalzekerheidsrechtelijk oogpunt al vele jaren een bijzonder scheve schaats rijdt.

Opmerkelijk is, dat de Nederlandse overheid zich dit zeer wel realiseert *maar negeert*. Zo kan in de nota 'Internationale bestendigheid arbeidsongeschiktheidsregelingen' van 20 mei 2003 de conclusie worden gelezen dat een her-

vond echter dat de bewuste keuze van zijn werknemer voor een relatief blessuregevoelige sport ook een bewuste keuze inhield om een (verhoogd) risico voor arbeidsongeschiktheid te accepteren. De werkgever beschouwde zijn verplichting om bij iedere arbeidsongeschiktheid van de werknemer steeds maar weer de bovenwettelijke aanvulling op het ziekenloon te moeten betalen als een onterechte financiële belasting. Zowel het Hof Arnhem als de Hoge Raad gaven hem hierin gelijk.

¹⁷² In deze zin ook Barentsen 2003, p. 176.

¹⁷³ Jacobs 1997, p. 86 e.v.

ziening van de WAO niet kan volstaan zonder een separate regeling voor het risque professionnel.¹⁷⁴ Deze noodzakelijk geachte aanvullende regeling werd concreet omschreven als een verplichte directe werkgeversverzekering: de Extra Garantieregeling Beroepsrisico's (EGB) waarbij de gelaedeerde werknemer een rechtstreekse aanspraak zou krijgen op de verzekeraar.¹⁷⁵ Het risque professionnel zou arbeidsongevallen betreffen, beroepsziekten voor zover deze op een bij de EGB behorende beroepsziektelijst zouden voorkomen of rechtstreeks en medisch objectief aantoonbaar uit de arbeid zouden voortvloeien, en arbeidsgerelateerde verkeersongevallen.

Het kabinet nam deze nota inhoudelijk geheel over en stelde zich eveneens op het standpunt dat een aanvullende regeling ten behoeve van werknemers *noodzakelijk* was.¹⁷⁶ 'De uiteindelijke conclusie van het kabinet was, gegeven enerzijds de actuele ontwikkelingen en de 'relatieve mate' waarin Nederland voldoet aan IAO-verplichtingen, en anderzijds de introductie van het nieuwe systeem van arbeidsongeschiktheidsverzekeringen, dat het noodzakelijk was om een aparte voorziening te treffen voor werknemers die het slachtoffer zijn geworden van een arbeidsongeval of beroepsziekte.

Echter, ondanks de inspanningen en eensgezindheid van het Ministerie van SZW, kabinet en de Commissie Donner is de WIA toch ingevoerd zonder een aanvullende EGB-regeling. Dit komt door de weerstand van de SER tegen enigerlei EGB, omdat deze 'niet noodzakelijk' zou zijn. In zijn advies 'Verdere uitwerking Wao-beleid – reactie op enkele kabinetsvoornemens' van 20 februari 2004 beargumenteerde de SER dit als volgt.¹⁷⁷

De SER was van mening dat de toetsing aan het IAO-verdrag 121 afhing van "welk gewicht men toekent" aan bepaalde onderdelen van het IAO-Verdrag.¹⁷⁸ Dit kwam in feite neer op een uiterst zuinige en behoudende interpretatie van een reeds zeer voorzichtige en afhankelijke visie van het Ministerie van SZW, waarin al doorschemerde dat de WIA strijdig is met de dwingende eisen van IAO-verdrag 121 *en dat dit bekend is*. De SER reageerde dat: "Gesteld kan worden dat de strijdigheid met de Europese Code van het door het kabinet voorgenomen eigen risico op zich onvoldoende grond bevat voor invoering

174 Ongedateerde bijlage 'Adviesaanvraag met betrekking tot de Extra Garantieregeling Beroepsrisico's', p. 2, van de ambtelijke nota 'Internationale bestendigheid arbeidsongeschiktheidsregelingen' van 20 mei 2003. Deze nota vormt op haar beurt een bijlage van een brief van Minister De Geus aan de Voorzitter van de Tweede Kamer van 18 december 2003, betreffende de SER-adviesaanvraag WAO.

175 Zie ook reeds Waterman 2001, p. 17-25.

176 TK 2003-2004, 28 333, nr. 2 p. 5.

177 SER 2004, p. 102-111.

178 SER 2004, p. 103.

van een aparte regeling voor het beroepsrisico. Samenvattend kan worden gesteld dat er, uitgaande van de door de raad voorgestelde arbeidsongeschiktheidsregelingen, geen internationaal-rechtelijke noodzaak bestaat voor invoering van een afzonderlijke regeling voor de dekking van het beroepsrisico.¹⁷⁹ De afwijzende reactie van de SER bracht de regering ertoe om de min of meer voltooide EGB-plannen maar in de spreekwoordelijke ijskast te zetten.¹⁸⁰

Het advies van de SER lijkt echter onjuist, nu de WIA op een tiental punten duidelijk in strijd is met belangrijke aspecten met IAO-verdrag 121 (zie de hierna volgende paragrafen). Dit leidt tot de conclusie dat, ingevolge de redenering van de SER, de invoering van een aparte regeling voor de dekking van het risque professionnel wel degelijk vereist is. Dit wettigt de vraag: *waar blijft de EGB?* Daarmee is ook een antwoord gegeven op de eerder genoemde vraag of de politieke keuze in 1967 om de wettelijke verzekering van de werkgever tegen arbeidsongevallen en beroepsziekten af te schaffen, vandaag de dag nog stand kan houden. Het voorgaande overwegende, kan het antwoord daarop slechts ontkennend zijn: het risque social is zowel maatschappelijk als verdragsrechtelijk achterhaald. Een overeenkomstige ingreep door wetgever is hier *'long overdue'*.

5.3 Uitkeringshoogte en uitkeringsvoorwaarden

In de aanhef van IAO-verdrag 121 wordt aangegeven dat het verdrag betrekking heeft op sociaalzekerheidsrechtelijke uitkeringen voor beroepsrisico's: "(...) with regard to benefits in the case of industrial accidents and occupational diseases." Art. 6c van het verdrag specificeert nader dat de uitkeringen in relatie moeten staan tot een geheel of gedeeltelijk verlies van inkomsten: "The contingencies covered shall include the following where due to an employment injury: (...) total loss of earning capacity or partial loss thereof in excess of a prescribed degree, likely to be permanent, or corresponding loss of faculty (...)."

Opvallend afwezig is een voorgeschreven minimumgrens van de arbeidsongeschiktheid ('prescribed degree'), wat aan de nationale wetgever wordt overgelaten. In de WIA wordt hiervoor als ondergrens een arbeidsongeschiktheidspercentage van 35% gehanteerd; voorafgaand aan de WIA was dit in de WAO nog 'slechts' 15%.

¹⁷⁹ SER 2004, p. 105 en herhaald op p. 110.

¹⁸⁰ Een in de materie gespecialiseerde ambtenaar van het Ministerie SZW vertelde mij dat een gereed wetsvoorstel voor een EGB-regeling al 'in de la lag', maar lag 'te verstoffen'.

IAO-verdrag 121 onderscheidt twee systemen, namelijk een loondervingstelsel, waarbij de hoogte van de uitkering is gerelateerd aan het laatstgenoten loon, en een flat-rate stelsel, waarbij een uitkering wordt toegekend die is gerelateerd aan het minimumniveau. Voor Nederland gelden de voorwaarden ten aanzien van het loondervingstelsel, omdat in de WIA immers het laatstgenoten loon centraal staat. Art. 19 van het verdrag geeft in samenhang met Schedule II (een bijlage van het verdrag) aan wat de hoogte van de uitkering minimaal dient te zijn in geval van tijdelijke of volledige arbeidsongeschiktheid: 60% van het referteloan (kinderbijslag daarbij inbegrepen). Het referteloan betreft het laatstverdiende loon. Er mag wel een wettelijk plafond worden gesteld aan het referteloan (een gemaximeerd loon in effect), maar dat mag niet minder bedragen dan 125% van het gemiddelde loon van alle beschermde personen.¹⁸¹ Dit komt aannemelijk neer op *tenminste* 125% van het wettelijk minimumloon, nu het gemiddelde loon hoger ligt dan het minimumloon.

Voldoen de diverse uitkeringen van de WIA aan de door de IAO voorgeschreven minimumuitkeringshoogte? Het antwoord op deze vraag ten aanzien van de IVA-uitkering voor werknemers die als gevolg van een arbeidsongeval of een beroepsziekte voor tenminste 80% arbeidsongeschikt zijn, luidt eenvoudig 'ja'. De IVA-uitkering bedraagt immers 75% van het oude loon. Bovendien is daarnaast voor arbeidsongeschikte werknemers die voortdurende bijstand of verzorging nodig hebben (doorgaans deze categorie van werknemers) een verhoging van hun periodieke uitkering of andere aanvullende uitkeringen mogelijk, in conformiteit met art. 6 IAO-verdrag 121.¹⁸²

Ten aanzien van slachtoffers van een arbeidsongeval of een beroepsziekte, die als gevolg daarvan een arbeidsongeschiktheidspercentage van minder dan 35% hebben, is het antwoord minder makkelijk gegeven. Deze personen zijn immers uitgesloten van enige WIA-aanspraak, zodat, strikt gesproken, een toetsing van hun uitkeringspositie aan IAO-verdrag 121 al reeds om deze reden mank gaat.

Het is echter twijfelachtig of het door Nederland gekozen minimumpercentage van 35% arbeidsongeschiktheid verenigbaar is met het verdragsrechtelijke uitgangspunt van bescherming van de werknemer die als gevolg van arbeidsgerelateerde letsels inkomensschade lijdt. Een inkomensdaling van bijvoorbeeld 30% is naar alle normen van redelijkheid een aanmerkelijke aantasting van het inkomen, maar toch wordt dit naar de WIA-maatstaven niet

¹⁸¹ Art. 19 lid 6 sub d IAO-verdrag 121.

¹⁸² Vgl. art. 53 WIA.

als zodanig erkend. Ook is het in dit kader veelzeggend dat de andere landen die het IAO-verdrag 121 hebben geratificeerd, véél lagere ondergrenzen hanteren die in de meeste gevallen nog niet eens halverwege onze 35% komen. Zo kennen België, Frankrijk, Ierland en Luxemburg allen een ondergrens van één procent; hanteert Zweden een ondergrens van 7%, Italië 11% en het Verenigd Koninkrijk 14%. Duitsland gaat uit van een relatief hoge percentage van 20% arbeidsongeschiktheid. Met uitzondering alleen van Spanje (33%) is er geen enkel ander land wat het IAO-verdrag 121 heeft geratificeerd, dat zelfs bij benadering een zo hoge ondergrens hanteert als Nederland.

Nu het verdrag zelf geen exacte minimumnorm voorschrijft maar dit overlaat aan de nationale wetgever, kan vanuit een strikte interpretatie van het verdrag niet gezegd worden dat de torenhoge Nederlandse toegangseis van 35% strijdig is met de bepalingen van IAO-verdrag 121. Het is echter wel duidelijk in strijd met de *intentie* van het verdrag, zodat een beroep op een formele naleving van dit aspect van de verdragsnormen in ieder geval geen schoonheidsprijs verdient. Vanuit internationaal perspectief maakt de WIA veeleer een sociaalzekerheidsrechtelijke armoedige indruk als gevolg van deze dubieuze uitleg, die immers vele werknemers van de door de IAO voor hen bedoelde sociaalzekerheidsrechtelijke inkomensbescherming uitsluit.

De grote middenmoot, dat wil zeggen de groep werknemers die als gevolg van een arbeidsongeval of een beroepsziekte tussen 35 en 80% arbeidsongeschikt zijn (de WGA-groep), is in de volgorde van deze beantwoording opzettelijk voor het laatst bewaard: er schort namelijk verrassend veel aan de toetsing van hun WIA-positie ten opzichte van IAO-verdrag 121.

Ten eerste voldoet de loongerelateerde WGA-uitkering niet aan de IAO-norm van 60% van het referteloan. Weliswaar bedraagt deze uitkering als uitgangspunt maximaal 70% van het oude loon, maar deze uitkering kan worden verminderd met het loon wat de arbeidsongeschikte werknemer alsnog door werken weet te verdienen. Zodra de verrekening tussen de uitkering en de door arbeid verworven inkomsten de eerste 60% van het oude loon aantast (behoudens het reeds genoemde loonplafond, uiteraard) is de daardoor verkregen uitkeringshoogte in strijd met het reeds genoemde art. 19 van het verdrag.

Ten tweede verlangt de WIA van de gedeeltelijk arbeidsongeschikte werknemer dat hij na verloop van tijd (afhankelijk van de duur van zijn arbeidsverleden) tenminste de helft van zijn resterende arbeidscapaciteit zal benutten om in aanmerking te komen voor de loonaanvullingsregeling van de WIA. Dit komt in feite neer op een impliciete sollicitatieplicht, wat door het Internationaal Arbeidsbureau wordt beschouwd als zijnde “contrary to the

architecture of the convention".¹⁸³ Art. 22 van IAO-verdrag 121 geeft namelijk een limitatieve opsomming van de omstandigheden waarin het recht op de uitkering mag worden opgeschort of beperkt. Kort samengevat komt dit neer op het niet voldoen aan een aantal ordevereisten (bijvoorbeeld een frauduleuze uitkeringsaanvraag of het veroorzaken van het beroepsrisico door vrijwillige dronkenschap), weigeren om mee te werken aan medisch herstel of re-integratieactiviteiten of om passend werk te accepteren. Nergens uit deze limitatieve lijst, noch uit de rest van het verdrag, hetzij naar de letter hetzij naar de strekking, blijkt dat het de verdragsstaten is toegestaan om aanvullende eisen te stellen aan de arbeidsongeschikte werknemer, zoals beschikbaarheid voor werk of een sollicitatieplicht. *Dit mag dus niet*. Bovendien, wanneer de werknemer er niet in slaagt om te voldoen aan de vereiste 50% van zijn looncapaciteit (een omstandigheid die in de meeste gevallen vermoedelijk eerder wordt bepaald door de arbeidsmarkt dan door de inspanningen van de werknemer), kan de werknemer financieel tot bijstandsniveau worden gereduceerd. Ook deze consequentie zal (afhankelijk van de feitelijke situatie) in de meeste gevallen strijdig zijn met het vereiste niveau van tenminste 60% van het IAO-referteloon.

Ten derde zijn ook andere door de WIA gestelde voorwaarden en eisen ten aanzien van de duur van het arbeidsverleden, een referte-eis (in relatie tot de WW, bijvoorbeeld), een eigen inkomenstoets en de partnerinkomenstoets op dezelfde grond strijdig met het IAO-verdrag. Dit hangt samen met art. 9 lid 2 van het verdrag, wat referte-eisen voor het recht op een beroepsrisico-uitkering zelfs expliciet verbiedt. Het betreffende artikel specificeert: "Eligibility for benefits may not be made subject to the length of employment, to the duration of insurance or to the payment of contributions (...)." Voor beroepsziekten maakt dezelfde bepaling aansluitend een beperkte uitzondering, welke echter niet in de Nederlandse wetgeving is overgenomen: "(...) provided that a period of exposure may be prescribed for occupational diseases." De achterliggende ratio van dit verdragsartikel is dat een arbeidsongeval al op de eerste werkdag kan gebeuren. De sociaalzekerheidsrechtelijke prestaties waartoe het verdrag verplicht mogen dus niet afhankelijk gesteld worden van bijvoorbeeld de duur van het arbeidsverleden. In de WIA is dit echter duidelijk wél het geval, zoals blijkt uit art. 15 lid 1 jo. art. 58 WIA, waarin de arbeidsverledeneis en de referte-eis van de WW zijn geïncorporeerd in de WIA en de duur van het recht op de loongerelateerde WGA-uitkering bepalen. Hier is derhalve onmiskenbaar sprake van strijd met IAO-verdrag 121.

¹⁸³ Zie p. 14 van de ambtelijke nota 'Internationale bestendigheid arbeidsongeschiktheids-regelingen'. Deze nota vormt een bijlage van een brief van Minister De Geus aan de Voorzitter van de Tweede Kamer van 18 december 2003, betreffende de SER-adviesaanvraag WAO.

De reeds genoemde ambtelijke nota vermeldt in dit kader als conclusie dat: “(...) refereert-eisen zijn dus expliciet verboden voor de toekenning van een beroepsrisico-uitkering.”¹⁸⁴ Meer specifiek: “Een (...) partnergetoetste minimumuitkering voor gedeeltelijk arbeidsongeschikten ten gevolge van het beroepsrisico is in strijd met ILO-verdrag 121.” Ook de partnertoets is derhalve in strijd met ILO-verdrag (ofwel IAO-Verdrag) 121.¹⁸⁵

Ten vierde is de WIA strijdig met de aanhef van het verdrag in samenhang met art. 9 lid 3 van het verdrag, waarin staat: “The benefits shall be granted throughout the contingency: Provided that in respect of incapacity for work the cash benefit need not be paid for the first three days (...)” Vrij vertaald komt dit erop neer dat de uitkering vanwege een gerealiseerd beroepsrisico niet korter van duur mag zijn dan de termijn van de daaruit voortvloeiende arbeidsongeschiktheid. Een tijdelijke uitkering in geval van een structurele arbeidsongeschiktheid is derhalve niet toegestaan. Dit is niet te verenigen met de opzet van de WIA om werknemers die arbeidsongeschikt zijn als gevolg van een beroepsrisico – bij jonge werknemers zelfs al na relatief korte tijd – af te schuiven naar de veel lagere uitkeringsnormen van de Werkloosheidswet en de Bijstandswet. Deze wetten verstrekken immers geen uitkeringen vanwege gerealiseerde beroepsrisico’s; zij hebben daar eenvoudigweg niets mee te maken.

Voorts suggereert de term ‘throughout the contingency’ in de bovengenoemde verdragsbepaling dat de werknemer, die na het bereiken van zijn pensioenge-rechtigde leeftijd nog steeds arbeidsongeschikt is als gevolg van een arbeids-ongeval of beroepsziekte, ook ná dit moment een uitkering behoort te ont-vangen die qua hoogte een redelijke benadering dient te zijn van het loon wat hij voorafgaand aan zijn arbeidsongeval of beroepsziekte verdiende. Dit staat in schril contrast met het toekomstperspectief van bijvoorbeeld een 55-jarige man die voor 70% arbeidsongeschikt is en, realistisch gezien, binnen het WIA-bestel geen schijn van kans heeft om nog een pensioen op te bouwen wat zelfs maar in de buurt komt van het modale pensioen wat hij voorafgaand aan zijn arbeidsongeval of beroepsziekte mocht verwachten.

¹⁸⁴ Zie p. 6 van de ambtelijke nota ‘Internationale bestendigheid arbeidsongeschiktheids-rege-lingen’. Begin 2006 bedankten de experts van het Internationaal Arbeidsbureau voor de eer om nader te mogen advisereren ten aanzien van de WIA-plannen, toen zij ontdekten dat het theoretische karakter van deze wet reeds was omgezet in daadwerkelijke effectuering. Deze opstelling is, naar ik heb begrepen van beide partijen, gebruikelijk onder dergelijke omstan-digheden.

¹⁸⁵ Vgl. Pennings 2006, p. 170.

Een vijfde pijnlijk punt van discordantie tussen de WIA en IAO-verdrag 121 betreft het feit dat de WIA de uitkering van een werknemer die vanwege een arbeidsongeval of beroepsziekte arbeidsongeschikt is geworden, kan reduceren tot bijstandsniveau. Dat is niet in overeenstemming met de normen en uitgangspunten van het verdrag, die beogen deze werknemer een redelijke sociaalzekerheidsrechtelijke inkomensbescherming te bieden als compensatie van zijn civielrechtelijke schade. Dit gedachtegoed komt bijvoorbeeld tot uiting in art. 14 lid 3 van het IAO-verdrag waarin wordt geëist dat bij een 'substantial' verlies aan verdienvermogen een periodieke uitkering moet worden verstrekt die 'in suitable proportion' behoort te zijn in relatie tot het verlies aan verdienvermogen. Dit wil zeggen dat, naarmate het verlies aan verdienvermogen toeneemt, ook de hoogte van de uitkering evenredig mag toenemen. Dit is niet verenigbaar met het wezenlijk grote verschil wat de WIA te bieden heeft aan de uitkeringshoogte en -rechten van bijvoorbeeld een werknemer die voor 79% arbeidsongeschikt is en een werknemer die voor 81% arbeidsongeschikt is. Ook eist lid 5 van deze bepaling dat het uitkeringsniveau voldoende moet zijn 'to avoid hardship'. De term 'hardship' is echter waarschijnlijk het eerste wat in de gedachten opkomt bij een arbeidsongeschikte werknemer die als gevolg van de WIA zijn inkomsten gereduceerd ziet tot bijstandsniveau.

Ten zesde heeft de IAO het Ministerie van SZW er nadrukkelijk op gewezen dat de Nederlandse praktijk van een tweejarige loondoorbetalingplicht ex art. 7:629 BW *strijdig* is met artikel 6 van het verdrag. Het verdrag kent de werknemer die als gevolg van een arbeidsrisico arbeidsongeschikt is geworden het recht op een uitkering toe zodra *waarschijnlijk* is dat zijn volledige of gedeeltelijke verlies van verdien capaciteit permanent zal zijn. Dit is niet te verenigen met een wachttijd van twee jaar met pas na het verstrijken van deze termijn een keuring om de mate van arbeidsongeschiktheid formeel vast te stellen.¹⁸⁶

De reden voor deze praktijk ligt echter voor de hand: het scheelt per arbeidsongeschikte werknemer een aanspraak van (maximaal) twee jaar op de openbare kas, terwijl in de tussentijd het financiële risico door de overheid wordt afgewenteld op de werkgever en de werknemer. Dit past geheel in het kader van jarenlange gekoesterde wens van de overheid om vergaand te bezuinigen op de Nederlandse sociale zekerheid en deze waar mogelijk te privatiseren. Vanuit een praktisch perspectief is een dergelijke tardieve keuringspraktijk

¹⁸⁶ Zie p. 16 van de ambtelijke nota 'Internationale bestendigheid arbeidsongeschiktheids-regelingen'. Deze nota vormt een bijlage van een brief van Minister De Geus aan de Voorzitter van de Tweede Kamer van 18 december 2003, betreffende de SER-adviesaanvraag WAO.

echter zeer onwenselijk omdat, zo meent het Internationaal Arbeidsbureau, het dan vaak *te laat is* voor een zinvolle reïntegratie. Ook kan er in zijn opinie niet mee worden volstaan om de reïntegratie twee jaar lang over te laten aan de werkgever, omdat daarmee niet voldoende zekerheid wordt geboden dat een reïntegratie ook inhoudelijk adequaat wordt geëffectueerd; een werkgever is per slot van rekening geen arbeidsdeskundige. Het lijkt erop dat, gelet op het einde van het ontslagverbod na twee jaar arbeidsongeschiktheid, ook de Nederlandse wetgever na een termijn van twee jaar gefaalde reïntegratieinspanningen van de werkgever daar weinig of geen verder heil in ziet. Toch laat dit onverlet om van de gedeeltelijk arbeidsongeschikte werknemer te verwachten dat hij, ondanks deze geringe verwachtingen ten aanzien van zijn reïntegratie en het uitblijven van succesvolle reïntegratie in het verleden, na het verstrijken van deze termijn zijn resterende verdien capaciteit voor minstens de helft zal weten te benutten. Het is onduidelijk waar deze optimistische benadering van de wetgever op is gegrond.

Ten aanzien van de WIA betekent het evenwel dat de werknemer die door een 'arbeidswegongeval' (*risque professionnel*) gedeeltelijk arbeidsongeschikt is geworden op dezelfde sociaalzekerheidsrechtelijke hoop wordt gegooid als de werknemer die thuis van de trap is gevallen (*risque social*): beiden verkeren in dezelfde sociaalzekerheidsrechtelijke positie. Er is echter toch een wezenlijk verschil, althans deze *behoort* aanwezig te zijn: op grond van art. 7 IAO-verdrag 121 kan de eerste werknemer aanspraak maken op de sociaalzekerheidsrechtelijke inkomensbescherming die door dit verdrag geboden wordt en welke de Nederlandse regering en parlement door ondertekening respectievelijk ratificering van het verdrag wenselijk hebben geacht. Dat betekent bijvoorbeeld dat deze werknemer op grond van het IAO-verdrag recht heeft op tenminste 60% van zijn referteloon als uitkering. Het belang hiervan blijkt onmiddellijk wanneer het inkomen van de arbeidsongeschikte werknemer krachtens de WIA tot bijsstandniveau is gereduceerd of ten aanzien van de omvang van de excedentschade welke de werknemer bij de aansprakelijk gestelde werkgever wil claimen.

Ook hier, zoals bij iedere toetsing van een nationale wet aan een bepaling van een geratificeerd verdrag, rijst de vraag of van art. 7 IAO-verdrag 121 directe werking uitgaat. Opnieuw kan echter slechts geantwoord worden dat alleen een (tot op heden uitgebleven) rechterlijke uitspraak hierop antwoord kan geven. Het is daarom niet verstandig om hier op vooruit te lopen, behoudens dan om erop te wijzen dat, gelet op de discrepantie tussen de WIA en art. 7 IAO-verdrag 121, de *mogelijkheid* van directe werking in ieder geval bestaat en interessante financiële perspectieven biedt voor de werknemer die tijdens woon-werkverkeer het slachtoffer is geworden van een verkeersongeval. Los

van het antwoord op de kwestie of art. 7 IAO-verdrag 121 directe werking heeft of niet, kan men zich in ieder geval afvragen waarom de Nederlandse regering en parlement zich eigenlijk verplichten tot het naleven van een dergelijke bepaling wanneer zij deze niet binnen de eigen landsgrenzen (willen) uitvoeren. Het ratificeren van een verdrag, zoals in casu, schept immers zowel verwachtingen van de burgers naar de overheid toe als verplichtingen van de overheid jegens de burgers.

Een zevende aspect van de WIA wat niet overeen lijkt te komen met IAO-verdrag 121 betreft art. 15 van het verdrag. Hierin staat dat onder bijzondere (niet nader gespecificeerde) omstandigheden en met toestemming van de betrokken werknemer, deze een deel of het geheel van zijn periodieke uitkeringen bij wijze van 'lump sum' mag ontvangen indien de verstreckende overheidsinstantie van oordeel is dat dit geldbedrag benut zou worden op een wijze die een aanmerkelijk voordeel zou opleveren voor de gewonde persoon in kwestie. De WIA kent echter niet zo'n regeling. Ook hier, zoals ook ten aanzien van de voorgaande acht besproken aspecten, geldt hetgeen hierboven is opgemerkt ten aanzien van de directe werking van art. 15 van IAO-verdrag 121.

Concluderend kan worden opgemerkt dat de WIA in zoveel essentiële aspecten hetzij naar de letter, hetzij in de geest afwijkt van de verplichtingen welke de ratificatie van IAO-verdrag 121 oplegt, dat de WIA een toetsing aan dit verdrag niet kan doorstaan. Dit werpt de vraag op waarom een 'voortrekkersland' als Nederland dit verdrag heeft ondertekend en geratificeerd, indien zij zich niet aan de expliciete maar geenszins veeleisende verplichtingen van het verdrag wenst te houden. De IAO beoogt (onder meer) om het niveau van sociale zekerheid wereldwijd te verbeteren, zodat de IAO-normen zodanig laag zijn gesteld dat zij ook voor landen met een minder ontwikkelde sociale zekerheid niet te hoog gegrepen zijn. Toch haalt Nederland dit niveau niet, behoudens ten aanzien van de relatief geringe groep IVA-werknemers.

Deze vraag is des te pregnanter in het licht van het feit dat de experts van het Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid hun tegenhangers van het Internationaal Arbeidsbureau van de IAO om advies hebben gevraagd ten aanzien van de ontwerpstukken van de WIA. Zij hebben van de IAO-experts heel duidelijk begrepen dat een en ander onverenigbaar is met de basisprincipes van IAO-verdrag 121, zoals ten aanzien van vele punten expliciet blijkt uit de door de SZW-ambtenaren geschreven nota waarin zij met grote terughoudendheid en voorzichtigheid concludeerden dat met name "(...) de regeling voor gedeeltelijk arbeidsongeschikten [ligt] op de grens (...) van hetgeen vanuit verdragsrechtelijk oogpunt acceptabel is. De deskundigen van de IAO hebben

te kennen gegeven dat het Nederlandse systeem van sociale verzekeringen, waar het gaat om de bescherming van het beroepsrisico, op aanmerkelijk lager niveau staat dan de sociale zekerheidssystemen van andere landen in de Europese Unie. De uitkeringen voor gedeeltelijk arbeidsongeschikten in Nederland zijn bij het beroepsrisico aanzienlijk lager dan die van gedeeltelijk arbeidsongeschikten in de andere EU-landen.”¹⁸⁷ Deze nota heeft de Minister van SZW en de regering er echter niet van weerhouden om de WIA met grote voortvarendheid door het parlement te jagen. De betreffende positieve normen van het IAO-verdrag ¹²¹ zijn derhalve welbewust genegeerd teneinde de WIA te verwezenlijken. Maar dit kan natuurlijk niet: *pacta servanda sunt*.

Van een vergissing of onwetendheid aan de zijde van de Nederlandse overheid is echter geen sprake: voorafgaand aan de totstandkoming en inwerkingtreding van het nieuwe arbeidsongeschiktheidsstelsel (wat is uitgemond in de WIA) heeft het ministerie van SZW in mei 2003 op deze specifieke punten uitvoerig advies ingewonnen van de experts van het Internationaal Arbeidsbureau van de IAO. Op grond van dit overleg is in een ambtelijke nota geconcludeerd: “Is de schade eenmaal echter definitief vastgesteld, en is die blijvend, dan heeft betrokkene recht op uitkering, onverschillig of hij elders nog inkomen verwerft, en of hij bereid en in staat is tot het verrichten van andere arbeid. De opsomming uit artikel 22 is limitatief. Extra eisen kunnen niet gesteld worden aan een arbeidsongeschikte.”¹⁸⁸

Kortom, wanneer de WIA wordt getoetst aan IAO-verdrag ¹²¹ blijkt er veel aan de Nederlandse wetgeving te schorten en zelfs naar de letter strijdig te zijn met het verdrag. Dit doet zich met name voor wanneer een sociaalzekerheidsrechtelijke uitkering vanwege een arbeidsongeval of een beroepsziekte minder dan 60% van het laatstverdiende loon bedraagt. Dit kan in het Nederlandse sociaalzekerheidsrechtelijke stelsel zeker voorkomen: een gelaedeerde werknemer kan mettertijd financieel afglijden naar een uitkering op het sociaal minimumniveau, wat ver verwijderd is van het uitgangspunt dat hij tenminste 60% van zijn laatstverdiende loon tot aan zijn pensioengerechtigde leeftijd mag behouden. Ook aspecten als de sollicitatieplicht, de referte-eis, de loondoorbetalingplicht van de werkgever gedurende de eerste twee

¹⁸⁷ Bijlage ‘Adviesaanvraag met betrekking tot de Extra Garantieregeling Beroepsrisico’s’, p. 2-3, van de ambtelijke nota ‘Internationale bestendigheid arbeidsongeschiktheidsregelingen’. Deze nota vormt op haar beurt een bijlage van een brief van Minister De Geus aan de Voorzitter van de Tweede Kamer van 18 december 2003, betreffende de SER-adviesaanvraag WAO.

¹⁸⁸ Zie p. 14 van de ambtelijke nota ‘Internationale bestendigheid arbeidsongeschiktheidsregelingen’. Deze nota vormt een bijlage van een brief van Minister De Geus aan de Voorzitter van de Tweede Kamer van 18 december 2003, betreffende de SER-adviesaanvraag WAO.

jaar arbeidsongeschiktheid en het recht op een lump-sum uitkering kunnen een toetsing van IAO-verdrag 121 niet doorstaan. De wetgever dient zich hier (alsnog) te conformeren aan het staatsrechtelijke principe ‘pacta servanda sunt’.

5.4 *Eigen bijdrage*

Daar blijft het geenszins bij. Het IAO-verdrag 121 eist voorts in art. 12 dat de werknemer die recht heeft op een beroepsrisicogerelateerde uitkering, ook gratis medische verzorging zal ontvangen *als onderdeel van die uitkering*. (Dit geldt dus zowel voor de werknemer met een IVA-uitkering als voor de werknemer met een WGA-uitkering.) Dit blijkt uit de frase: “Where a declaration provided for in Article 2 is in force, medical care and allied benefits shall include (...)” Hierna volgt een zeer omvattende en gedetailleerde opsomming van zorg door huisartsen (ook aan huis), ziekenhuizen en medische specialisten; medische zorg buiten het ziekenhuis; verstrekking van geneesmiddelen en verpleegmiddelen; ziekenhuisopname en eerste hulp ter plaatse van het arbeidsongeval. De gebiedende toon van de bepaling geeft duidelijk aan dat de werknemer zonder meer recht heeft op dergelijke medische verzorging, hetgeen enige ruimte uitsluit om van de werknemer een financiële bijdrage te verlangen ten aanzien van ziektekosten die het gevolg zijn van een arbeidsongeval of een beroepsziekte.

Deze conclusie volgt ook uit de reeds aangehaalde bepaling art. 9 lid 2 van het verdrag, waaruit blijkt dat geen beperking (anders dan specifiek daarin genoemd) aan de uitkering (of een aspect daarvan) mag worden gesteld, zoals bijvoorbeeld een eigen bijdrage: “Eligibility for benefits may not be made subject to (...) the payment of contributions (...)”

De kwestie of een eigen bijdrage voor medische onkosten verenigbaar is met een IAO-verdrag is echter niet nieuw. In 1996 bepaalde de Centrale Raad van Beroep reeds dat een eigen bijdrage voor kraamhulp onverenigbaar was met bepalingen uit de IAO-verdragen nrs. 102 en 103. De Raad meende dat aan deze bepalingen rechtstreekse werking toekwam omdat “de omschrijving van de te verlenen verstrekkingen, alsmede de imperatieve redactie van de bepalingen (...) toetsing aan het nationale recht mogelijk maken.”¹⁸⁹ Daarmee kwam een einde aan die eigen bijdrage voor kraamhulp.

In 2006 werd aan de Centrale Raad van Beroep de expliciete vraag voorgelegd, of een wettelijke verplichte eigen bijdrage in de ziektekosten op grond van de

¹⁸⁹ CRvB 26 mei 1996, RSV 1997/9 (B/Cie. Sociale Zekerheid).

Zorgwet vanwege arbeidsgelateerd letsel in strijd is met IAO-verdragen 102 en 121 en met Deel IV van de Europese Code inzake Sociale Zekerheid van 16 april 1964.¹⁹⁰ De Centrale Raad van Beroep overwoog dat de bepalingen 31, 32, 34, 37 en 38 van de Europese Code (Deel IV), gezamenlijk samengevat, iedere lidstaat verplichten tot het gewaarborgde aanbod van verstrekkingen (geneeskundige zorg, ziekenhuisopname, etc.) en uitkeringen tijdens de gehele duur van een door ‘verzekering’ (lees: sociale zekerheid) gedekte arbeidsongeval of beroepsziekte. Simpel gezegd komt het erop neer dat de werknemer die binnen de beschermingsfeer van het Nederlandse socialezekerheidsstelsel valt (‘verzekerde’) en wordt getroffen door een arbeidsongeval of een beroepsziekte, recht heeft op de geneeskundige zorg die de sociale zekerheid te bieden heeft. De Raad constateerde verder dat deze “helder omschreven normen” geen aanvullende bepalingen kennen op grond waarvan kan worden geconstateerd dat een lidstaat “zonder meer” wordt geacht te voldoen aan de verplichting tot het bieden van geneeskundige zorg aan sociaalzekerheidsrechtelijk verzekerde werknemers die het slachtoffer zijn geworden van een arbeidsongeval of een beroepsziekte. Tevens stond de Raad stil bij art. 1, wat een eigen bijdrage toestaat in geval van medische zorg bij ziekte in het algemeen, maar met geen woord rept over het recht van een lidstaat om een eigen bijdrage op te leggen in geval van arbeidsgelateerde medische zorg. Dit alles bracht de Raad tot de expliciete conclusie dat de betreffende bepalingen duidelijk zijn in hun strekking dat zij géén eigen bijdrage toestaan en door de beschermde personen, zoals in casu de werknemer in kwestie, *rechtstreeks* voor de rechter kunnen worden ingeroepen, zodat zij daarmee eenieder verbindend zijn in de zin van artt. 93 en 94 van de Grondwet.¹⁹¹ Deze doorwerking betekent effectief dat het Nederlandse bastion van risqué social eindelijk doorbroken is.

Extra pijnlijk is het feit dat de regering zich in het kader van de adviesaanvraag van 19 november 2003 aan de SER over een eventueel in te voeren Extra Garantieregeling Beroepsrisico’s als onderdeel van de WIA heeft laten informeren dat een eigen risico in te voeren in de zorgverzekeringen strijdig zou zijn met Deel IV van de Europese Code, althans voor zover de ziektekosten verband houden met een arbeidsongeval of een beroepsziekte. Ook uit de reeds meermalen genoemde ambtelijke nota ‘Internationale bestendigheid arbeidsongeschiktheids-regelingen’ blijkt met zoveel woorden dat de ambtenaren van het Ministerie van SZW goed begrepen hadden van de IAO-experts dat een verplichte eigen bijdrage voor ziektekosten in geval van

190 CRvB 8 september 2006, L & S 2007 nr. 10 met annotatie door Waterman (2006b).

191 Concreet betekende dit dat de werknemer voortaan zonder betaling van enige eigen bijdrage verzorging mocht verlangen in het psychiatrische ziekenhuis waar hij verbleef en bovendien alle ten onrechte betaalde jaarlijkse eigen bijdragen met wettelijke rente terug mocht zien.

arbeidsgerelateerd letsel of ziekte niet door de verdragsrechtelijke beugel kon. Het bevreemdt dan ook dat, *desondanks*, de eigen bijdrage zonder enige beperking of uitzondering in de Zorgwet is opgenomen en dat nog steeds is, het IAO-verdrag, de Europese Code en de onmiskenbaar heldere uitspraak van de Centrale Raad van Beroep ten spijt. Te zijner tijd zal het Comité van Deskundigen van de IAO daar ongetwijfeld nog wel eens in een ‘naming and shaming’-procedure op wijzen, als het zo ver moet komen. Zo’n zware en formele internationale tik op de vingers is toch wat moeilijker te negeren.

5.5 *Arbeidsgerelateerde verkeersongevallen*

Art. 7 lid 1 van IAO-verdrag 121 eist dat iedere verdragsstaat een wettelijke definitie opstelt van het begrip ‘industrial accident’ (arbeidsongeval), *daarbij inbegrepen* de voorwaarden waaronder een ‘commuting accident’ geacht wordt een arbeidsongeval te zijn. Op deze wijze wordt beoogd dat werknemers die vanwege arbeidsgerelateerde omstandigheden het slachtoffer zijn geworden van een verkeersongeval dezelfde sociaalzekerheidsrechtelijke bescherming toekomt als de slachtoffers van een ‘klassiek’ arbeidsongeval. Ook het inzicht – in Nederland nog betrekkelijk nieuw – dat de nationale wetgever ook deze werknemers behoort te beschermen is hieraan debet. Lid 2 staat echter toe dat een verdragsstaat dit nalaat indien sprake is van een nationale sociaalzekerheidsrechtelijke regeling die tenminste gelijkwaardig is aan wat door het verdrag wordt verlangd.

Nederland heeft inderdaad een wettelijke definitie van het begrip arbeidsongeval, namelijk in art. 1 lid 3 sub i Arbeidsomstandighedenwet. Deze definitie luidt: “Arbeidsongeval: een aan een werknemer in verband met het verrichten van arbeid overkomen ongewilde, plotselinge gebeurtenis, die schade aan de gezondheid tot vrijwel onmiddellijk gevolg heeft gehad en heeft geleid tot ziekteverzuim, of de dood tot vrijwel onmiddellijk gevolg heeft gehad.” De definitie refereert op geen enkele wijze naar een verkeersongeval tijdens woon-werkverkeer of, zoals de Belgen dat fraai noemen, een arbeidswegongeval. Ook in de jurisprudentie wordt dit standpunt als formeel uitgangspunt gehuldigd.¹⁹² Nederland voldoet echter noch aan art. 7 lid 1, noch lid 2, nu het Nederlandse sociale zekerheidsrecht en met name de WIA geen enkele regeling kent die het slachtoffer van een verkeersongeval tijdens woon-werkverkeer tenminste dezelfde (inkomens-)bescherming biedt als door het verdrag wordt opgelegd. Het Nederlandse recht is derhalve op dit punt in strijd met IAO-verdrag 121.

192 HR 16 november 2001, NJ 2002, 71, LJN AD5483 (Quant/Bergen).

De vraag is derhalve: wat gaat de wetgever aan deze tekortkoming van verdragsrechtelijke verplichtingen doen? Want de ratificatie van het IAO-verdrag verplicht tot volledige naleving van het verdrag, niets slechts stukjes en beetjes waar het zo uitkomt. Daar komt bij dat art. 7 nauw aansluit bij de recente jurisprudentiële ontwikkelingen op het gebied van arbeidsgerelateerde verkeersongevallen, dus zo'n groot probleem zal behoorlijke naleving door de wetgever aannemelijk niet zijn; eerder een kwestie van codificatie.¹⁹³ Wat dat betreft heeft de Hoge Raad al duidelijke aanwijzingen gegeven dat de zorgplicht voor werknemers in het verkeer in effect neerkomt op een compensatieverplichting op basis van risicoaansprakelijkheid.

De vervolgvraag is dan: hoever moet die risicoaansprakelijkheid gaan? Want wanneer deze alleen beperkt zou blijven tot ambulante werknemers die het slachtoffer zijn geworden van een verkeersongeval, dan zou dit leiden tot een evidente ongelijke en ongerechtvaardigde rechtspositie voor de werknemers die het slachtoffer zijn geworden van een klassiek arbeidsongeval. Het antwoord hiervoor kan niet gevonden worden in de redelijkheid en billijkheid of het goed werkgeverschap, alsof deze niet voor alle ambulante werknemers maar slechts voor het gemotoriseerde deel zou gelden. Deze vraag is inmiddels beantwoord in het arrest St. Maatzorg De Werven/De Graaf¹⁹⁴, waarin de Hoge Raad onomwonden bepaalt dat ten aanzien van een eenzijdig verkeersongeval van een werkneemster in de uitoefening van haar werkzaamheden:

“(...) geen rechtvaardiging bestaat om ten aanzien van de positie van werknemers die in de uitoefening van hun werkzaamheden zich in het verkeer begeven en als gevolg van een meerzijdig of eenzijdig verkeersongeval schade lijden, onderscheid te maken tussen hen die een motorvoertuig en hen die een ander (niet-gemotoriseerd) voertuig, zoals een fiets, besturen. Evenmin gerechtvaardigd is het maken van onderscheid tussen deze groepen van werknemers en werknemers die in de uitoefening van hun werkzaamheden als voetganger aan het verkeer deelnemen en daarbij schade lijden als gevolg van een ongeval waarbij een voertuig is betrokken.”

“Daarom moet de hiervoor in 3.6.3 genoemde vraag [of hier een verzekeringsplicht geldt; YW] bevestigend worden beantwoord ten aanzien van de gevallen waarin gezegd moet worden dat deze verkeersdeelnemers als gevolg van hun kwetsbaarheid in het verkeer een bijzonder risico lopen. Voor fietsers en voetgangers geldt als zodanig het risico van letsel- of zaakschade als gevolg van een ongeval waarbij een of meer voertuigen zijn betrokken, en

193 Vgl. wetsvoorstel Verkeersongevallen: TK 1997-1998, 25 759 (MvT); Hartlief 2001c p. 107-108 en Waterman 2002, p. 60-73;

194 HR 12 december 2008, JAR 2009/15, LJN BD3129 (Maatzorg/De Graaf).

voor fietsers geldt tevens het risico van letsel- of zaakschade als gevolg van een eenzijdig ongeval dat plaatsvindt tijdens het vervoer per fiets. Deze risico's zijn inmiddels, naar kan worden aangenomen, eveneens goed verzekeraar tegen betaalbare premies.

Bij een en ander verdient aantekening dat er vanuit een oogpunt van gelijke behandeling van werknemers geen goede grond bestaat om anders te oordelen ten aanzien van de schade die werknemers lijden als gevolg van dergelijke verkeersongevallen indien deze plaatsvinden niet op de openbare weg maar op het terrein waarover de werkgever zeggenschap heeft (de arbeidsplaats), voorzover de werkgever voor die schade niet reeds aansprakelijk is op grond van zijn uit art. 7:658 voortvloeiende zorgplicht. Het bijzondere risico dat is verbonden aan de deelneming aan het wegverkeer verandert immers in principe niet doordat het wegverkeer plaatsvindt op de arbeidsplaats.

In al die gevallen gaat het immers om risico's die zijn verbonden aan de deelneming aan het verkeer op de weg, waarvan van algemene bekendheid is dat zij voor met name fietsers en voetgangers een bijzondere kwetsbaarheid meebrengt ten opzichte van aan het verkeer deelnemende (andere) voertuigen.”

Een betere oplossing zou zijn om over de gehele linie, althans voor arbeidsongevallen en verkeersongevallen, art. 7:658 BW te baseren op risicoaansprakelijkheid. Met Hartlief ben ik dan ook van mening dat “(...) het op zijn minst opmerkelijk [is] te noemen dat de impuls daartoe moet komen van een wetsvoorstel dat betrekking heeft op verkeersongevallen.”¹⁹⁵ Maar misschien toch ook weer niet opmerkelijk: juist (gemotoriseerde) verkeersongevallen zijn een omstandigheid bij uitstek die voor de wetgever van de voorlaatste eeuw niet voorzienbaar waren. Want op het einde van de dag is dit de kern van het probleem waar de Hoge Raad mee worstelt: achterhaalde wetgeving van een eeuw oud, die niet meer aansluit bij moderne arbeidsomstandigheden.

Hiermee is een historische cirkel voltooid: van risicoaansprakelijkheid in de Ongevallenwet (60k voor arbeidsgelateerde verkeersongevallen, woon-werkverkeer van de werknemer daarbij inbegrepen), naar schuldaansprakelijkheid ex art. 7A:1638x oud-BW/7:658 BW en weer terug naar risicoaansprakelijkheid. Wellicht moet de oude Ongevallenwet maar eens worden afgestoft en nogmaals kritisch worden bekeken? Een vergelijking met de Belgische Arbeidsongevallenwet, die een uitvoerige regeling voor ‘arbeidswegongevallen’ en woon-werkverkeersongevallen kent, ligt daarmee ook voor de hand.¹⁹⁶ De wetgever kan er zijn voordeel mee doen.

¹⁹⁵ Hartlief 1998, p. 226 en Waterman 2003b, p. 52.

¹⁹⁶ Vgl. Waterman 2001, p. 17-25 en Waterman 2002b, p. 60-73.

5.6 *Beroepsziektenlijst*

Art. 8 van IAO-verdrag 121 verplicht ieder verdragsstaat om een lijst van erkende beroepsziekten op te stellen waarin tenminste de erkende beroepsziekten zoals opgesomd in de bijlage 'Schedule I' van het verdrag zullen worden opgenomen. Als alternatief mag een verdragsstaat een wettelijke definitie opstellen van beroepsziekten die breed genoeg moet zijn om de beroepsziekten in de voornoemde bijlage te dekken. Ook een combinatie van deze twee opties is toegestaan. Uit de redactie van het artikel kan voorzichtig worden opgemaakt dat de lijst van erkende beroepsziekten bewijsrechtelijke consequenties in het voordeel van de werknemer kan hebben wanneer hij binnen de wettelijk bepaalde omstandigheden een gespecificeerde ziekte heeft; een andere zinvolle reden voor zo'n lijst is binnen de context van het verdrag niet goed denkbaar.

In strijd met de expliciete eis neergelegd in art. 8 van het verdrag heeft Nederland echter geen officiële lijst van erkende beroepsziekten. Een Nederlandse werknemer kan hier dan ook geen bewijsrechtelijke vermoedens of voordelen aan ontleen. Dit is opmerkelijk, want Nederland heeft de lijst van beroepsziekten ('Schedule I') officieel aanvaard tijdens de 66^{ste} zitting van het Algemene Congres ('General Conference') gedurende het Internationale Arbeidscongres ('International Labour Conference') in 1980. Het wekt dan weinig verwondering dat ook een aanbeveling van de Europese Commissie is genegeerd die oproept om zo spoedig mogelijk over te gaan tot het opnemen van de Europese lijst van beroepsziekten in wettelijke of bestuursrechtelijke bepalingen over wetenschappelijk erkende beroepsziekten die voor schade-loosstelling in aanmerking kunnen komen.¹⁹⁷

Kortom, Nederland voldoet in dit opzicht niet aan zijn verdragsrechtelijke verplichtingen, zodat ook hier – alsnog – ingrijpen van de wetgever vereist is.

6 **Naar een nieuwe regeling: essentiële keuzes**

6.1 *Herstel van de sociale zekerheid?*

In het voorgaande is reeds veelvuldig aan de orde geweest, dat de hedendaagse problemen met het werkgeversaansprakelijkheidsrecht voor een (belangrijk) deel worden veroorzaakt door de terugtred van de sociale zekerheid. Naarmate

¹⁹⁷ Art. 1 Aanbeveling van de Commissie van 19 september 2003 betreffende de Europese lijst van beroepsziekten.

de schade van de gelaedeerde werknemer minder door de sociale zekerheid wordt gedekt, kan hij niet anders dan zich tot het werkgeversaansprakelijkheidsrecht wenden in een poging tot verhaal van zijn schade of anders, daarin te berusten. Nu verzekeraars zo veelvuldig waarschuwen voor een overbelasting van het werkgeversaansprakelijkheidsrecht en een dreigende onverzekerbaarheid van deze markt, ligt de volgende vraag voor de hand: zou het in ere herstellen van de sociale zekerheid een geschikte oplossing zijn om deze problemen het hoofd te bieden?¹⁹⁸

Om deze vraag op zeer beknopte wijze te beantwoorden, is het nodig om bij drie relevante aspecten stil te staan. In de eerste plaats moet worden gewezen op de verzekeringsrechtelijke realiteit als bijvoorbeeld sluipende schade, retro-actieve aansprakelijkheid en de opkomst van nieuwe beroepsziekten, welke eveneens belangrijke contribuanten aan de werkgeversaansprakelijkheidssproblemen zijn; het herstel van de sociale zekerheid zal deze aspecten niet of nauwelijks beïnvloeden. In zoverre heeft een terugkeer naar de oude niveau's van de sociale zekerheid weinig zin.

Ten tweede lijkt een terugkeer van de 'oude' sociale zekerheid in strijd te zijn met de hedendaagse politieke realiteit: politieke partijen willen tegenwoordig slechts bezuinigen, dereguleren, privatiseren, etc. Een herstel van de sociale zekerheid naar oude uitkeringshoogten lijkt om deze reden tegen de heersende tendensen in te druisen. Toch is het een zorgvuldige overweging waard: namelijk vanuit de veronderstelling dat de heersende compensatiedrang in belangrijke mate lijkt te worden ingegeven door de verlaagde sociaalzekerheidsrechtelijke uitkeringen.

Daarnaast kan een verhoging van uitkeringsnormen ook verdragsrechtelijk zinvol zijn, zo niet zonder meer verplicht. Ik denk hierbij aan art. 19 van IAO-verdrag 121, dat vereist dat een uitkering voor arbeidsongeschikten minimaal 60% van hun referteloon moet bedragen. Immers, zodra een verrekening van de WGA-uitkering met de door de gedeeltelijk arbeidsongeschikte werknemer verworven loon de eerste 60% van zijn oude loonniveau aantast (behoudens het loonplafond), is de daardoor verkregen uitkeringshoogte in strijd met art. 19 en dus ook in strijd met het verdrag. Dat is pijnlijk, omdat IAO-verdrag 121 uitgaat van het lage lat-principe, dat wil zeggen van normen die ook door niet-Westerse landen moeten kunnen worden gehaald en dus zeker wel door een 'voortrekkersland' als Nederland. Ook bepalingen als de arbeidsverledeneis en de referte-eis, die beiden zijn opgenomen in de WIA en de uitkeringshoogte kunnen drukken, zijn niet toelaatbaar volgens art. 9.2

¹⁹⁸ Vgl. Klosse & Vonk 2000, p. 189-240.

van het verdrag, wat zulke bepalingen zelfs expliciet verbiedt: “Eligibility for benefits may not be made subject to the length of employment, to the duration of Insurance or to the payment of contributions (...)” Het IAO-verdrag¹²¹ biedt zelfs nog een derde argument om de Nederlandse sociaalzekerheidsrechtelijke uitkeringen, waaronder specifiek de WIA, te verhogen: art. 14 lid 5, wat bepaalt dat de uitkeringshoogte voldoende moet zijn om ‘hardship’ te voorkomen. Dat zal de arbeidsongeschikte werknemer, die na jarenlange arbeid in het zweet zijns aanschijns als gevolg van de WIA-wetgeving zijn huis heeft moeten verkopen en gereduceerd is tot een bijstandsuitkering, toch wel verwonderen.

De remedie voor deze discrepanties is tweërlei: ófwel alsnog aan het verdrag conformeren, wat een ingrijpende wijziging van de WIA zal betekenen, óf de internationale blamage aanvaarden om het verdrag op te zeggen. In beide gevallen kan echter geconcludeerd worden dat de Nederlandse overheid zijn verdragsrechtelijke verplichtingen jegens Nederlandse arbeidsongeschikte werknemers heeft geschonden. (Hier kom ik nog op terug in de volgende paragraaf.)

Ten derde is sociale zekerheid op wezenlijk andere beginselen gebaseerd dan het aansprakelijkheidsrecht.¹⁹⁹ Daarbij mag in het bijzonder worden gerefereerd aan het feit dat de sociale zekerheid uitgaat van de bescherming van de bestaanszekerheid, inclusief re-integratie, terwijl het aansprakelijkheidsrecht volledig (financieel) herstel in de ‘oude situatie’ nastreeft. Qua vergoedingsniveau bestaat er een onoverbrugbaar verschil. Een simpel voorbeeld kan dit illustreren: de sociale zekerheid biedt geen smartengeld – het aansprakelijkheidsrecht wel. Juist vanuit het oogpunt van volledige schadevergoeding is het aansprakelijkheidsrecht aantrekkelijker voor een door een arbeidsongeval of beroepsziekte gevelde werknemer dan het sociaalzekerheidsstelsel. Het aansprakelijkheidsrecht en de sociale zekerheid zijn daarom niet geheel en al de communicerende vaten waarvoor zij in de rechtsliteratuur wel worden gehouden.

Kortom, een terugkeer naar de *oude* sociale zekerheid (of oplossingen die qua niveau daarmee vergelijkbaar zijn) behoort tot de mogelijkheden die nadere studie waard zijn.²⁰⁰ Of zou een *vernieuwd* sociaalzekerheidsrechtelijk stelsel dan iets te bieden hebben? Hierbij kan men met name denken aan een verzekeringssysteem dat wordt gekarakteriseerd door lage drempels, hoge uitkeringen en bovenal een *particulier*, door de markt in plaats van de overheid

199 Faure & Hartlief 2002, 213.

200 Anders Klosse 2001, p. 13.

gefinancierd karakter. Een dergelijk verzekeringssysteem heeft een naam: de directe verzekering. Ik zal hier in paragraaf 6.6 nader op ingaan.

6.2 Een Extra Garantieregeling Beroepsrisico's?

Ter gelegenheid van de vervanging van de WAO door de WIA meenden zowel het Ministerie van SZW²⁰¹, de Commissie Donner²⁰², als het kabinet²⁰³ dat een afzonderlijke regeling voor het risque professionnel moest worden getroffen.²⁰⁴ Deze noodzakelijk geachte aanvullende regeling werd concreet omschreven als een verplichte directe werkgeversverzekering: de Extra Garantieregeling Beroepsrisico's (EGB) waarbij de gelaedeerde werknemer een rechtstreekse aanspraak zou krijgen op de verzekeraar.

Als specifieke redenen werden aangevoerd:

- de gespannen relatie tussen de uitkeringshoogte bij gedeeltelijk arbeidsongeschiktheid (WGA) en die bij volledige arbeidsongeschiktheid (IVA) ten opzichte van IAO-verdrag 121 (zoals in de voorgaande paragraaf is geconstateerd, is dit geenszins de enige gespannen relatie in dit opzicht);
- de strijd tussen de eigen bijdrage in de ziektekosten in geval van een arbeidsongeval of beroepsziekte in relatie tot Deel IV van de Europese Code inzake sociale zekerheid (en wederom ook niet met IAO-verdrag 121);
- de vrees dat, als gevolg van de voorgestelde arbeidsongeschiktheidsregelingen, “de inkomensachteruitgang bij gedeeltelijke arbeidsongeschiktheid dermate groot kan zijn, dat daardoor een belangrijke aanzet tot een claimcultuur wordt gegeven”.²⁰⁵

Met name de laatste reden, die meer beleidsmatig dan juridisch van aard is, is opmerkelijk. Op zich er natuurlijk niets mis mee dat werknemers hun werkgever aansprakelijk houden voor schade als gevolg van arbeidsongevallen en

201 Vgl. de nota 'Internationale bestendigheid arbeidsongeschiktheidsregelingen' van 20 mei 2003.

202 Adviescommissie Arbeidsongeschiktheid 2001, p. 9-10, p. 134-136, bekend als het Donner II-rapport. Zie ook Waterman 2001, p. 17-25.

203 TK 2003-2004, 28 333, nr. 2 p. 5.

204 Ongedateerde bijlage 'Adviesaanvraag met betrekking tot de Extra Garantieregeling Beroepsrisico's', p. 2, van de ambtelijke nota 'Internationale bestendigheid arbeidsongeschiktheidsregelingen' van 20 mei 2003. Deze nota vormt op haar beurt een bijlage van een brief van Minister De Geus aan de Voorzitter van de Tweede Kamer van 18 december 2003, betreffende de SER-adviesaanvraag WAO.

205 Ongedateerde bijlage 'Adviesaanvraag met betrekking tot de Extra Garantieregeling Beroepsrisico's', p. 3-4, van de ambtelijke nota 'Internationale bestendigheid arbeidsongeschiktheidsregelingen'. Deze nota vormt op haar beurt een bijlage van een brief van Minister De Geus aan de Voorzitter van de Tweede Kamer van 18 december 2003, betreffende de SER-adviesaanvraag WAO.

beroepsziekten, integendeel, de schadelast wordt hiermee slechts verplaatst naar waar zij thuishoort. De bagatelliserende term 'claimcultuur' lijkt hier dan ook niet gepast: het miskent dat een werknemer zijn werkgever doorgaans niet aansprakelijk stelt uit 'culturele' motieven maar uit financiële noodzaak. Een (potentiële) toename van het aantal claims is niet van invloed op de frequentie van het aantal arbeidsongevallen of beroepsziekten, het maakt deze slechts meer zichtbaar waar zij voorheen voor het maatschappelijk oog verborgen waren.

De EGB moest twee vliegen in één klap slaan, namelijk door zowel de gelaedeerde werknemer een aanvullende uitkering te bieden bovenop hetgeen hem uit hoofde van de nieuwe WAO (WIA) zou toekomen als door de kosten van deze aanvullende uitkering af te wentelen op de private sector. Het risque professionnel zou arbeidsongevallen betreffen, beroepsziekten voor zover deze op een bij de EGB behorende beroepsziektelijst zouden voorkomen of rechtstreeks en medisch objectief aantoonbaar uit de arbeid zouden voortvloeien, en arbeidsgerelateerde verkeersongevallen.²⁰⁶

Hiermee samenhangend bepleitte de Commissie Donner de gelijktijdige afschaffing van het civiele werkgeversaansprakelijkheid ex art. 7:658 BW. Dit zou verder 'overbodig' zijn; de Nederlandse verzekerde werkgever zou daarna net als zijn Belgische collega immuun zijn voor aansprakelijkheidsclaims van zijn gelaedeerde personeel.²⁰⁷ In essentie kwamen de argumenten van de Commissie overeen met wat reeds ten aanzien van het kabinet is aangevoerd, zodat ik deze niet zal herhalen.

Inhoudelijk zou de EGB-uitkering bestaan uit een inkomensdervinguitkering van 70% van het loon bij volledige arbeidsongeschiktheid vanaf de eerste dag van ziekte; althans naar rato van de mate van arbeidsongeschiktheid.²⁰⁸ De IAO-adviseurs achtten een dergelijke EGB in de vorm van een private verzekering toelaatbaar, mits deze aan een aantal voorwaarden zou voldoen.²⁰⁹ Zo zou de verzekering onder meer transparant moeten zijn, bijvoorbeeld

206 Vgl. wetsvoorstel Verkeersongevallen: TK 1997-1998, 25 759 (MvT); Hartlief 2001b, p. 107-108 en Waterman 2002b, p. 60-73;

207 Adviescommissie Arbeidsongeschiktheid 2001, p. 135.

208 Ongedateerde bijlage 'Adviesaanvraag met betrekking tot de Extra Garantieregeling Beroepsrisico's', p. 4, van de ambtelijke nota 'Internationale bestendigheid arbeidsongeschiktheidsregelingen' van 20 mei 2003. Deze nota vormt op haar beurt een bijlage van een brief van Minister De Geus aan de Voorzitter van de Tweede Kamer van 18 december 2003, betreffende de SER-adviesaanvraag WAO.

209 Zie p. 15 van de ambtelijke nota 'Internationale bestendigheid arbeidsongeschiktheidsregelingen'. Deze nota vormt een bijlage van een brief van Minister De Geus aan de Voorzitter van de Tweede Kamer van 18 december 2003, betreffende de SER-adviesaanvraag WAO.

door een gereglementeerde claimbeoordeling die niet afhankelijk is van de invulling van individuele verzekeringsbedrijven. Ook zou de EGB-regeling een waarborgfonds voor noodgevallen moeten bevatten, bijvoorbeeld voor de omstandigheid dat een werkgever zich niet heeft verzekerd of zijn premie niet (behoorlijk) heeft betaald. (De Belgische Arbeidsongevallenwet bevat zo'n regeling.) Dit was met name belangrijk indien de EGB de werkgever zou vrijwaren van civielrechtelijke aansprakelijkheid, zoals bijvoorbeeld bij de Belgische Arbeidsongevallenwet en Beroepsziektenwet, teneinde 'dubbele' aansprakelijkheid (van zowel de verzekeraar als de werkgever) te voorkomen. Opmerkelijk is dat bij civielrechtelijke immuniteit van de werkgever ten aanzien van beroepsrisico's een EGB bij de verwezenlijking van álle beroepsrisico's zou moeten uitkeren, met name zonder handhaving van enige ondergrens van de mate van arbeidsongeschiktheid; anders zou het recht tot het instellen van een vordering tot schadevergoeding van de werknemer immers tussen wal en schip vallen.

De invoering van een EGB zou in feite betekenen dat de overstap in 1967 met de invoering van de WAO, die uitgaat van het risqué social-beginsel en de gelijktijdige afschaffing van de Ongevallenwet (op basis van risqué professionnel), ongedaan wordt gemaakt. Zoals reeds aangevoerd in paragraaf 6.2, lijkt mij dit een gelukkige ontwikkeling. Het komt billijk voor dat wie binnen het kader van een arbeidsovereenkomst het slachtoffer wordt van een arbeidsongeval of beroepsziekte, zo volledig als mogelijk wordt gecompenseerd, bij voorkeur en voor een zo groot mogelijk deel (direct of indirect) door de schadeveroorzaker: de werkgever. Daarentegen kan ik weinig begrip vinden voor het zieligheidsargument dat mensen met een zelfde letsel maar verschillende oorzaken financieel gelijk moeten worden gecompenseerd; en dat een ongelijke behandeling per definitie onrechtvaardig zou zijn. Dit argument, wat ontleend is aan de nasleep van de Tweede Wereldoorlog, heeft zichzelf inmiddels overleefd. Het ontgaat mij op grond van welke rechtvaardiging de huidige samenleving (en in het bijzonder de werkgevers) de kosten moet dragen – behoudens het garanderen van een bestaanszekerheidsniveau – van een ongeluk in de privésfeer.

Een sociale verzekering, gebaseerd op de risqué professionnel-gedachte, brengt enkele belangrijke voordelen met zich. Als eerste mag hierbij het volledige of althans tamelijk hoge uitkeringsniveau worden genoemd, waarmee het belang van de inkomenszekerheid wordt nagestreefd.²¹⁰

210 Vgl. Pennings 2002, p. 194 e.v.

Ook lijkt het aannemelijk dat, als de ‘aansprakelijkheidshobbel’ niet meer zo vaak of langdurig hoeft te worden genomen, het beroep op de rechterlijke macht zal afnemen.²¹¹ Een lijst van erkende beroepsziekten (zoals bijvoorbeeld in de Belgische beroepsziektenlijst naar het voorbeeld van de IAO-lijst of de EG-lijst), waarbij een koppeling met bewijsrechtelijke vermoedens voor de hand ligt, heeft waarschijnlijk een zelfde effect.

Verder biedt een risque professionnel-verzekering de werknemer meer zekerheid: vele door hun arbeid gelaedeerde werknemers zien immers al bij voorbaat af van een vordering tot schadevergoeding jegens de werkgever. Zij zijn bevreesd voor de hoge kosten, de zware emotionele belasting, de verstoring van de arbeidsrelatie, de onzekere kans op succes, etc. In het licht van de omstandigheid dat de werknemer reeds letselschade heeft geleden als gevolg van zijn arbeidzaam leven lijkt het niet billijk, dat een poging tot hem toekomende schadevergoeding met zulke grote en slepende bezwaren gepaard gaat en in rechte zelfs jaren kan duren.

Als bezwaar wordt wel geopperd, dat een hoge risque professionnel-uitkering wellicht uitnodigt om de duur van de arbeidsongeschiktheid en daarmee de terugkeer naar de arbeidsvloer te ‘rekken’. Zowel in België als in Engeland wordt dit overwonnen door het verstrekken van een aanmoedigingspremie bij daadwerkelijke hervatting van de werkzaamheden.

Echter, zoals reeds toegelicht in hoofdstuk 2 paragraaf 5 is de EGB-regeling uiteindelijk niet ingevoerd vanwege de weerstand van de SER. De vraag rijst, hoe lang de SER deze weerstand zal volhouden en of de wetgever hieraan gevolg zal blijven geven. Want zoals reeds aangevoerd in de voorgaande paragrafen, is er veel voor een EBG-regeling te zeggen, zoals positieve ontwikkelingen in de Nederlandse rechtspraak en zwaarwegende verdragsrechtelijke verplichtingen die dienen te worden nageleefd.

6.3 *Betere registratie van beroepsziekten?*

De grondslag van risque professionnel die, met uitzondering van Nederland en Engeland, vrijwel overal in Europa de basis van de sociale zekerheid vormt voor werknemers vormt, heeft als belangrijke en voordelige bijkomstigheid dat het de discussie en onderzoek naar, alsmede de kennis van, beroepsmatige gezondheidsrisico's stimuleert. In landen als België en Engeland vindt een voortdurende wisselwerking plaats tussen werkgevers, werknemers,

211 Althans, denk ik, op de lange termijn: op de korte termijn zullen advocaten vermoedelijk zeer gemotiveerd zijn om gaten of gebrek aan duidelijkheid in de wet te vinden.

wetenschappers, medici en juristen over de vraag wat een (nieuwe) beroepsziekte is. Dit staat in schril contrast met Nederland, waar de lacune op dit gebied aanzienlijk is en het besef daarvan nog tamelijk vers is.

Dat is te betreuren, want, gelet op de vrees dat claims wegens beroepsziekten in de (nabije) toekomst een belangrijke rol zullen spelen, zowel voor werkgevers, werknemers als verzekeraars, is het opmerkelijk dat de Nederlandse overheid geen enkel onderzoek financiert naar arbeidsgerelateerde gezondheidsrisico's.²¹² Stellig kan een beter inzicht in beroepsziekten leiden tot betere preventie en kan daarmee veel (belasting-)geld en leed besparen.

De achterstand in kennis kan wellicht ten dele worden verklaard door het hoge uitkeringsniveau van de WAO tot de jaren negentig, waardoor gelaedeerde werknemers zelden een aansprakelijkheidsvordering op de werkgever instelden en daardoor geen of onvoldoende registratie had plaatsgevonden. Ook de ingevolge art. 9 lid 1 Arbeidsomstandighedenwet verplichte registratie door werkgevers van bedrijfsongevallen en beroepsziekten was (en is) zozeer gebrekkig, dat hieruit geen betrouwbare informatie kon worden ontleend.

6.4 Invoering van een beroepsziektenlijst?

Zoals reeds aangevoerd in paragraaf 5.6, is Nederland op grond van IAO-verdrag 121 verplicht om een beroepsziektenlijst te hanteren in het kader van de sociale zekerheid.²¹³ Omdat wij hierin echter al decennia tekort schieten en daarmee ervaring op dit vlak mislopen, rijst de vraag: hoe werkt dit en hoever moet dit gaan? Hierin kan België gelukkig als ervaren voorbeeld dienen sinds 1927, omdat ons buurland wel een beroepsziektenlijst hanteert in overeenstemming met IAO-verdrag 18 en diverse aanbevelingen van de EG.²¹⁴ België volgt daarbij zelf nauwgezet de lijsten van erkende beroepsziekten van zowel de EG als de IAO.

Het idee van een beroepsziektenlijst is vrij simpel: het is een lijst van ziekten waarvan wetenschappelijk vaststaat dat werknemers in de uitoefening van hun beroep een grotere kans maken op zo'n ziekte dan de algemene

212 Aldus Jan Warning, directeur van Bureau Beroepsziekten FNV, tijdens het symposium 'Nieuwe beroepsziekten' van het Bureau Beroepsziekten FNV congres op 5 maart 2008 in Amsterdam.

213 Vgl. art. 8 van het IAO-verdrag nr. 121 van 8 juli 1964 inzake arbeidsongevallen en beroepsziekten.

214 Vgl. een IAO-conventie van deze strekking in 1964 en de aanbevelingen van de EG van 23 juli betreffende een Europese lijst van beroepsziekten, PB. 31 augustus 1962, en van 20 juli 1966 betreffende de voorwaarden voor het vergoeden van slachtoffers van beroepsziekten, PB 9 augustus 1966.

bevolking. Dit impliceert een sterk causaal verband tussen de werkzaamheden en de ziekte en rechtvaardigt op die grond een bewijsvoordeel voor de werknemer die aan een ‘erkende’ beroepsziekte lijdt.

Om in aanmerking te komen voor een sociaalzekerheidsrechtelijke (of eventueel privaatrechtelijke, van de verzekeraar afkomstige) uitkering op grond van een beroepsziektenlijst dient de werknemer aan de hand van de normale uitgangspunten van het aansprakelijkheidsrecht aan te tonen dat hij een ziekte heeft die voorkomt op de lijst. Ook dient hij aannemelijk te maken dat er een ‘rechtstreeks en determinerend’ causaal verband bestaat, anders gezegd dat hij tijdens zijn werkzaamheden voor een relevante periode is blootgesteld aan de ziekmakende factor. In de praktijk kan het echter bijzonder moeilijk zijn om de feiten te achterhalen en aan te tonen, met name in geval van lange incubatieperiodes. Lukt dat de werknemer echter niet, dan blijft hij met de schade zitten, ook al is evident dat een ander, namelijk een werkgever, die schade onrechtmatig heeft veroorzaakt.

Juist in deze moeilijke bewijslast kan een beroepsziektenlijst zijn nut bewijzen indien de wetgever blootstelling aangetoond acht wanneer de werknemer een ziekte heeft die op de lijst staat, al dan niet in combinatie met een lijst van ‘erkende’ gevaarlijke bedrijfstakken waar de werknemer kan hebben gewerkt. Daarin schuilt echter ook een moeilijk aspect van een lijst van erkende beroepsziekten: een te achterhaalde opsomming van erkende beroepsziekten ontdoet een lijststelsel van zijn betekenis en geloofwaardigheid, terwijl een te ruime opzet in feite een verkapt *risque social* zou betekenen. Hetzelfde zou overigens gelden ten aanzien van een te strenge stelsel en bewijslast jegens de gelaedeerde werknemer. Het is voor de wetgever als varen tussen Scylla en Charibdis.

Het is echter duidelijk dat dit systeem zeker niet sluitend is: wat te denken van de bouwvakker met een slechte rug (denk aan het Landskroon/BAM-arrest) of de treinmachinist met psychische klachten? Dergelijke ‘vage’ klachten, die evenzeer in de privésfeer kunnen voorkomen, lenen zich niet goed voor vermelding op een lijst van erkende beroepsziekten – voor hen dus geen bewijsvoordeel. Zelfs al zou dit anders zijn, dan nog is het voor hen moeilijk om een ‘rechtstreeks en determinerend’ verband aan te tonen tussen het (psychische) letsel en de arbeidsomstandigheden. Dit maakt een onredelijke indruk, omdat het toch een algemeen bekend feit is dat bouwvakkers bij uitstek aan rugklachten lijden en dat het ook treinmachinisten niet onverschillig laat dat zij frequent getuige zijn van ernstige of zelfs dodelijke ongevallen op het spoor.

Wanneer deze slachtoffers in het geheel niet in aanmerking komen voor een schadevergoeding, wordt gesproken van een 'gesloten lijst'. De meeste landen hanteren echter, in navolging van de IAO, naast de beroepsziektenlijst ook een 'open systeem' wat de werknemer toch de gelegenheid biedt om volgende de gangbare bewijsrechtelijk regels een 'rechtstreeks en determinerend' causaal verband aan te tonen. Dat blijft echter een zware opgave: zo is er tot op heden geen enkele gepubliceerd Belgisch vonnis van een werknemer die hierin is geslaagd. Wellicht zou – voor Nederland – een bindend advies van bijvoorbeeld het Nederlands Centrum voor Beroepsziekten of een speciaal hiervoor in het leven te roepen instelling hier soelaas kunnen bieden? Ook kan de wetgever de werknemer een hand reiken en hem een bewijsrechtelijk vermoeden gunnen door causaal verband aanwezig te achten wanneer de werkgever wettelijke of eventueel zelfs ongeschreven veiligheidsnormen heeft overtreden en daarmee de kans op het intreden van de onderhavige beroepsziekte aanmerkelijk heeft verhoogd. Dit wijkt niet wezenlijk af van hetgeen heden positief recht is en is in zoverre ook niet bezwaarlijk.²¹⁵

Het wordt echter aanzienlijk moeilijker wanneer de schade van de werknemer niet typisch is aan de arbeidsomstandigheden, er géén overtreding van (wettelijke) normen heeft plaatsgevonden en de oorzaak van de ziekte (mede) in de privésfeer van de werknemer zou kunnen worden gezocht. Dit is een buitengewoon lastige materie, die het onderwerp van een dissertatie op zichzelf vormt. Om op dit punt echter niet volledig zwijgzaam te blijven, zou ik willen suggereren dat in 'niet-rechtstreekse, niet-determinerende' gevallen het klassieke schuldansprakelijkheidsrecht overeind blijft staan. Ook hier is België, waar dit reeds het geval is, wederom het lichtend voorbeeld.

Een beroepsziektenlijst heeft nog een voordeel: het vergt onderhoud. Juist dit geeft aanleiding om de medische en wetenschappelijke ontwikkelingen ten aanzien van beroepsziekten in de wereld nauwgezet te volgen. Dat is een gunstige zaak, temeer daar Nederland zich te lang afzijdig heeft gehouden van internationale ontwikkelingen en discussies over professionele risico's en daarin nog een behoorlijke inhaalslag moet maken.²¹⁶ Juist dit onderhoud, liefst zo frequent mogelijk, door de wetgever is zeer wenselijk: niet alleen om de lijst actueel te houden, maar evenzeer om te beletten dat verzekeraars lijsten hanteren die enger zijn dan de officiële lijst en zo de zieke werknemer alsnog in de kou laten staan. Vanzelfsprekend is er echter weinig of niets

215 Vgl. HR 5 juni 1998, NJ 1998, 817, LJN ZC2662 (St. Beroepsonderwijs N./B.), zie ook Hartlief 2002b, p. 466.

216 Anders uitgedrukt: Nederland heeft een ernstig tekort aan arbeidsgezondheidskundige kennis. Vgl. SER 2002, p. 6 van de samenvatting.

op tegen dat verzekeraars concurreren door zich te onderscheiden met *ruimere* lijsten. Voorkomen moet worden dat de lijst van erkende beroepsziekten juist door gebrek aan onderhoud en door langdurige beleidsmatige processen achteraan hobbelt bij de wetenschappelijk algemeen aanvaarde kennis over beroepsziekten. Een verouderde lijst doet onrecht aan de rechtspositie van zieke werknemers, die in juridisch opzicht in belangrijke mate daarvan afhankelijk zullen zijn.

Van een lijst van wettelijk erkende beroepsziekten kan echter ook een polariserend effect uitgaan, zeker wanneer deze lijst het object zou worden van eindeloze polderdebatten tussen verschillende belangengroeperingen, waarbij in overweging moet worden genomen dat niet iedere belangengroepering de(zelfde) kunde, kennis of financiën heeft om zijn achterban daarbij optimaal te vertegenwoordigen. Het lijkt in die zin verre verkieslijker om het antwoord op de vraag of een nieuw, *wetenschappelijk* erkend geacht causaal verband mag leiden tot een aanvulling op de beroepszieketijst, te plaatsen in de handen van een objectieve, onafhankelijke wetenschappelijke instelling die gespecialiseerd is beroepsziekten. Zo'n soort instelling lijkt bij uitstek geschikt om de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid op dit punt deskundige en onpartijdige adviezen verstrekken.

6.5 Een schadefonds?

Het is een modern cliché dat waar een specifieke groep slachtoffers kan worden aangewezen die om enige reden moeite heeft om zijn schade te verhalen, onmiddellijk geroepen wordt om de oprichting van een publiekrechtelijk schadefonds. De oorzaak van de moeilijkheid kan bijvoorbeeld gelegen zijn in de omstandigheid dat geen specifieke dader kan worden aangewezen (zoals bij overvloedige regenval), of, als dat wel kan, dat deze onvindbaar, failliet, insolvel of (onvoldoende) onverzekerd is. Het fonds zou, kort gezegd, moeten dienen als alternatief voor of aanvulling op het aansprakelijkheidsrecht.

In grote lijnen kunnen drie soorten fondsen worden onderscheiden. Ten eerste, het zogenaamde beperkingfonds dat als oogmerk heeft dat de beschikbare vergoeding door de (enkele) veroorzaker van de schade kan worden verspreid over een grote groep slachtoffers, zodat ieder van hen 'tenminste iets' krijgt. Een dergelijke regeling voor massaschade is hier echter niet op maatschappelijk niveau relevant, omdat arbeidsongevallen en beroepsziekten incidenten plegen te zijn waarvoor welhaast evenzoveel werkgevers verantwoordelijk zijn. Ook staat een beperkingfonds haaks op het ruim honderdjarige beginsel van volledige schadevergoeding binnen het werkgeversaansprakelijkheidsrecht.

De tweede variant, namelijk een voorschotfonds, lijkt meer zinvol: met name voor slachtoffers van beroepsziekten voor wie een rechtszaak bij uitstek een fel betwiste, slepende en kostbare aangelegenheid kan blijken. Ook kan zo'n voorschotfonds uitkomst bieden voor slachtoffers van beroepsziekten met een korte levensverwachting, zoals mesothelioom, die de duur van een juridische procedure als een tweede lijdensweg ervaren welke doorgaans niet wordt overleefd. Het ligt dan echter meer voor de hand om de duur van de procedure (en daarmee ook de kosten) aanzienlijk te bekorten naar het voorbeeld van Engelse asbestrechtspraak²¹⁷ of de Dust Diseases Tribunal²¹⁸ in New South Wales. Daarnaast gaat een voorschotfonds al bij voorbaat uit van een assumptie van aansprakelijkheid – wat nu juist in asbestkwesities doorgaans heftig wordt bestreden.

Het Nederlandse recht is nog het best bekend met de derde vorm van een fonds, namelijk een waarborgfonds. Dit komt pas aan bod als het aansprakelijkheidrecht geen soelaas biedt. Het Waarborgfonds Motorverkeer en het Waarborgfonds Geweldsmisdrijven zijn hiervan bekende voorbeelden: alleen (verkeer-)slachtoffers die geen dader kunnen achterhalen kunnen hier aanspraak op maken.

Op het eerste gezicht lijkt dit type fonds niet geschikt om de schade uit arbeidsongevallen en beroepsziekten te bestrijden. Immers, weinig werkgevers of verzekeraars zijn genegen om vrijwillig bij te dragen aan schade waarvoor anderen rechtens aansprakelijk zijn.²¹⁹ Ook zou het stellig weinig preventieve waarde hebben om hedendaagse verzekerden te laten betalen voor risico's die in het verleden door anderen zijn veroorzaakt.²²⁰ Toch is een schadefonds de moeite van een nadere inspectie waard, zeker met het oog op rechtsvergelijking. België kent namelijk een nationaal fonds voor beroepsziekten wat op deze leest is geschroeid en waaraan alle werkgevers verplicht 1,1% van het loon van de werknemer bijdragen.²²¹ Dit geeft het Fonds voor de

217 Zie Waller 2009 vol. II: een procedure inzake asbestgerelateerde letselschade duurt in Engeland zelden langer dan zestien weken en is dikwijls aanmerkelijk korter.

218 Zie http://www.lawlink.nsw.gov.au/lawlink/ddt/ll_ddt.nsf/pages/DDT_index per 25 maart 2009. De zogenaamde 'fast-track' procedure van het Dust Diseases Tribunal (DDT) is specifiek gericht op arbeidsgelateerde longziekten met een urgent karakter en duurt zelden langer dan twee weken. Het gebouw waarin het DDT is gehuisvest, is bijvoorbeeld voorzien van zuurstofvoorzieningen en een ziekenkamer. Het is niet ongebruikelijk dat de rechtszitting desnoods plaatsvindt aan het ziektebed van de eiser bij hem thuis en binnen een etmaal geheel is voltooid.

219 Vgl. Faure & Hartlief 2002, p. 217-219.

220 Vgl. Faure & Hartlief 2002, p. 227.

221 Artt. 2 par. 2, 56 en 57 Beroepsziektenwet; als uitvloeisel van de Belgische ratificatie van IAO-conventie nr. 18.

Beroepsziekten een sterk solidair karakter. Werknemers kunnen hier rechtstreeks hun claims aan richten, wat effectief van het Fonds voor de Beroepsziekten een directe verzekering maakt.

Ook vormt het solidaire karakter van het Fonds voor de Beroepsziekten een oplossing voor het reeds genoemde probleem – wat zich bij uitstek bij beroepsziekten kan voordoen – dat de ‘dader’, dat wil zeggen de aansprakelijke werkgever voor een beroepsziekte, niet achterhaald kan worden zonder dat dit een vergoeding in de weg staat. Dit probleem treft vele werknemers: bijvoorbeeld bouwvakkers die in hun loopbaan bij tientallen werkgevers kunnen zijn blootgesteld aan schadelijke stoffen als asbest of kwarts of langdurige overbelasting van de rug of het gehoor. Zij hebben vaak grote moeite om het causaal verband aan te tonen tussen de arbeidsomstandigheden bij een bepaalde werkgever en hun schade, ook al betreft hun ziekte nog zozeer een ‘typische’ beroepsziekte in hun branche. Dikwijls beginnen de juridische problemen al met de bewijslast dat zij überhaupt ooit voor een bepaalde werkgever hebben gewerkt.

Het gefixeerde percentage van de Belgische werkgeversbijdrage is enerzijds zo laag, dat dit weinig aanleiding geeft tot felle discussie en zo maatschappelijk breed aanvaardbaar is – in ieder geval voor de Belgen, die het sociale aspect van het Fonds voor de Beroepsziekten hoog in het vaandel hebben. Maar anderzijds betekent een vast percentage ook, dat werkgevers in een branche met een laag risiconiveau voor beroepsziekten evenveel betalen als werkgevers in een ‘gevaarlijke’ branche en dat werkgevers in de laatste branche op geen enkele wijze stimulering ondervinden van de premiehoogte om een preventief veiligheidsbeleid te voeren. Of zij nu kosten daarvoor maken of niet, meer of minder dan die 1,1% is hun bijdrage toch niet. Wat dat betreft, lijkt het billijker en effectiever – maar ook gecompliceerder en daarmee kostbaarder – om de gezondheidsrisico’s van een bedrijf of branche te weerspiegelen in de hoogte van een bijdrage aan een fonds.

De hamvraag rijst dan wel: hoe verhoudt zo’n fonds zich tot het aansprakelijkheidsrecht? Moet zo’n fonds een laatste redmiddel zijn, een back-up, een vangnet voor werknemers die geen (verzekerde) werkgever hebben en met hun arbeidsgereleerde schade blijven zitten omdat zij geen enkele reële mogelijkheid tot verhaal hebben (geen vindbare of solvabele aansprakelijke werkgever)? In andere woorden: de barmhartigheidsgevallen die de maatschappij wil erkennen en waar zij zich over wil ontfemen.²²² Die overweging

222 De Tas-regeling voor mesothelioomslachtoffers is daar een voorbeeld van (hoewel het geen fonds is).

past perfect binnen de wens om aan de slachtofferbescherming van de werknemer en diens behoefte aan compensatie van arbeidsgerelateerde schade belangrijke betekenis toe te kennen. Het Waarborgfonds Motorverkeer en het Waarborgfonds Geweldsmisdrijven ontleen hun bestaansrecht in wezen aan dezelfde rechtvaardiging. Echte frictie met het aansprakelijkheidsrecht kennen zij niet, juist *omdat* in de gevallen die hen regaderen het aansprakelijkheidsrecht niets te bieden heeft. Daar staat tegenover dat wettelijk verplichte deelname van werkgevers aan een Nederlands Waarborgfonds voor Arbeidsongevallen en Beroepsziekten dan, net als het Belgische Fonds voor de Beroepsziekten, noodzakelijk lijkt. Immers, zou deelname slechts op basis van vrijwilligheid gebeuren, dan zullen vele werkgevers vermoedelijk voor de eer bedanken en zal de kas van zo'n Waarborgfonds in de praktijk weinig voorstellen. De solidaire grondslag als rechtvaardiging om een Waarborgfonds te stichten is dan ver te zoeken.²²³

Of moet, zoals in België, iedere werknemer met een officieel erkende beroepsziekte of een aantoonbaar 'rechtstreeks en determinerend' causaal verband²²⁴ tussen zijn schade en zijn arbeidsomstandigheden aanspraak kunnen maken op een uitkering van het fonds maar dient daar immuniteit van de werkgever tegenover te staan om zo frictie met het aansprakelijkheidsrecht te voorkomen? Hier rijst onmiddellijk het bezwaar dat immuniteit haaks staat op preventie, dat – althans, dit komt mij zo voor – zozeer het hoogste goed moet zijn dat ik reeds om deze enkele reden geen voorstander ben van deze optie.²²⁵ Wat daarvan zij, de diverse mogelijkheden en de wijzen waarop zij nader kunnen worden ingevuld zijn aanzienlijk en vormen in ieder opzicht belangrijke politieke keuzes. Daarom volsta ik met het opperen van de mogelijkheid van een Waarborgfonds voor Arbeidsongevallen en Beroepsziekten.

De laatste optie om een fonds te financieren betreft het aanspreken van de overheid zelf. Een beroep wegens 'zieligheid' bij de overheid leidt echter al gauw tot de vraag 'waar houdt het op?' Hier staat echter tegenover dat de kosten van de schade over een zo groot mogelijke groep worden verdeeld, zodat de negatieve herverdeling zo gering mogelijk is. Maar ook dan rijst de vraag waarom de belastingbetaler effectief de betalende partij zou moeten zijn in plaats van de aansprakelijke partij die de schade heeft veroorzaakt.

Zoals ik hierna zal betogen, lijkt algemeen gesproken een echte wettelijk verplichte (directe) verzekering van de werkgever tegen schade als gevolg van

223 Vgl. Waterman 2001, p. 24.

224 Art. 30bis [in fine] Beroepsziektenwet.

225 Ook: Faure & Hartlief 1998, p. 1142 en Frenk 1999, p. 1547 e.v.

arbeidsongevallen en beroepsziekten een betere oplossing dan een fonds dat hier veel van wegheeft, omdat een verzekering de schadevergoedingsplicht (indirect) plaatst bij de dader – althans wanneer deze gevonden kan worden en verhaal biedt. Voor de gevallen waarin dit niet zo is, lijkt een wettelijk verplicht Waarborgfonds voor Arbeidsongevallen en Beroepsziekten als vangnet zeker een nadere beschouwing door de wetgever waard.

6.6 Een directe verzekering?

Het is aardig om te constateren dat met de groeiende belangstelling voor de directe verzekering als het ware een cirkel gesloten wordt. Een eeuw geleden bestond een dergelijke verzekering namelijk al in Nederland: de Ongevalwet.²²⁶ Zo'n verzekering is echter geenszins uniek, nu met uitzondering van alleen Nederland (sinds 1967) en Engeland alle West-Europese landen op deze wijze het risque professionnel in hun sociaalzekerheidsrechtelijk stelsel hebben afgedekt en daarmee voldoen aan hun IAO-verplichtingen. De Belgische Arbeidsongevallenwet en Beroepsziektenwet zijn daarvan een uitstekend voorbeeld.

Eerst een nadere uitleg over het begrip directe verzekering, die ten onrechte ook wel als een first party verzekering wordt aangeduid. Strikt gesproken wordt met de term 'first party verzekering' een polis bedoeld waarbij de polishouder tevens (mede-)verzekerde is; bijvoorbeeld een werknemer die zichzelf tegen schade verzekert zonder tussenkomst van zijn werkgever of iemand anders. Zo zijn de meeste ziektekostenverzekeringen first party-verzekeringen. Bij een directe verzekering daarentegen verzekert de werkgever op eigen kosten zijn werknemer, die vervolgens zelfstandig op de polis mag claimen.²²⁷ (Dit is het type verzekering waarop de Hoge Raad in de 1 februari-arresten lijkt te doelen.²²⁸) Hiermee is ook het verschil met de standaard third party-verzekering gegeven, waarmee men zich verzekert tegen aansprakelijkheid jegens een derde.

226 Vgl. Kamp 1996, p. 59-60 herhaald in 1997, p. 36-37. Zie ook De Vries 1998, p. 148, waarin hij een aanvullend verzekeringssysteem op basis van risque professionnel suggereert, met instandhouding van het huidige sociaalzekerheidsstelsel als bodemvoorziening, Waterman 2001, p. 17-24 en Faure & Hartlief 2002, p. 257 e.v.

227 Vgl. Faure & Hartlief 1998, p. 1141.

228 Vgl. bijvoorbeeld HR 1 februari 2008, JA 2008/53, LJN BB4767 (Kooiker/Taxicentrale), waarin de Hoge Raad stelt: 'De omvang van deze [verzekering-]verplichting zal van geval tot geval worden vastgesteld [...] waarbij het mede van belang is of de verzekering kan worden verkregen tegen een behoorlijke premie waarvan betaling in redelijkheid van de werkgever kan worden gevergd [...] Indien de werkgever is tekortgeschoten in zijn verplichting zorg te dragen voor een behoorlijke verzekering als hiervoor bedoeld, is hij jegens de werknemer aansprakelijk voorzover deze door die tekortkoming schade heeft geleden.'

Er is nog een tweede verschil. De directe verzekering wijkt op een essentiële manier af van de huidige gehanteerde AVB-polisvormen, namelijk de in 1996 geïntroduceerde AVB-polis op basis van een claims made-grondslag²²⁹ en diens voorganger, de loss occurrence-polis.²³⁰ In tegenstelling tot deze polissen verzekert de directe verzekering namelijk niet de aansprakelijkheid van de werkgever, maar de *schade* die volgt uit de verwezenlijking van het in de polis omschreven risico i.e. de uitoefening van de contractuele werkzaamheden. Hierdoor is het antwoord op de vraag of de verzekerde voor die schade enige aansprakelijkheid draagt, irrelevant geworden; de directe verzekering staat los van de ontwikkelingen in het aansprakelijkheidsrecht. Zo wordt de verzekeraar bevrijd van de onverwachte bokkensprongen van het aansprakelijkheidsrecht en behoeven 'uitdijingen' in wetgeving of jurisprudentie niet meer te worden gevreesd. Voor de werknemer is dit ook gunstig want hiermee wordt tegemoet gekomen aan zijn compensatiebehoefte, met name in gevallen van 'moderne' arbeidsrisico's waarin een verwijtbare tekortkoming van de werkgever ver te zoeken is, zoals bij verkeersongevallen.²³¹

De directe verzekering is voor Nederland niet een nieuw verschijnsel: de oude Ongevallenwet die in 1967 werd opgeheven, was in wezen een directe verzekering. Niet alleen de Nederlandse juridische historie, maar ook de buitenlandse wetgeving is ons op het gebied van de directe verzekering voor arbeidsongevallen en beroepsziekten voorgegaan. België bijvoorbeeld heeft sinds 1971 de Arbeidsongevallenwet, die de werkgever en de collega-werknemers 'burgerlijke immuniteit' verschaft ter zake van de materiële schade die het gevolg is van lichamelijk en/of geestelijk letsel voortvloeiend uit een arbeidsongeval.²³² (Zie nader hoofdstuk 4 paragraaf 2.5.1.) Deze wet verplicht de werkgever om op eigen kosten zijn personeel tegen dit risico te verzekeren bij een openbare of een door de overheid gemachtigde particuliere verzekeraar, die direct uitkeert aan de werknemer. De Belgische wetgever beoogt hiermee de werknemer een waarborg te bieden tegen een vermindering van het beroepsinkomen, onafhankelijk van de solvabiliteit van de werkgever en tegelijkertijd een vertroebeling van de relatie tussen de werkgever en de

229 De claims made-polis is sinds eind 1996 het antwoord van verzekeraars op de (bezwaren van de) loss occurrence-polis. Essentieel kenmerk is het beginsel dat de claim binnen de looptijd van de polis ingediend moet worden.

230 De loss occurrence-polis is sinds de jaren '70 op grote schaal gehanteerd als AVB-polis. Kenmerkend is dat uitkering plaatsvindt, indien de schade tijdens de looptijd van de polis is ontstaan. Juist dit criterium heeft ertoe geleid, dat lang ná de looptijd van de polis nog claims kunnen worden ingediend, met name de zgn. 'latent disease claims'.

231 Juist in dergelijk gevallen lijkt het van groot belang dat de overheid bepaalt wat de minimale dekking van de verzekering zal zijn, zodat de verzekeraar niet de 'slechte risico's' (i.e. slachtoffers van beroepsziekten) bij voorbaat kan uitsluiten.

232 Zie met name artt. 49 jo. 91.

werknemer te voorkomen. Dit lukt goed: het kalme Belgische werkgeversaansprakelijkheidsrecht lijkt geenszins op de woelige wateren die wij in Nederland kennen. Als wisselgeld krijgt de werknemer echter niet meer vergoed dan hem naar wettelijke forfaitaire normen is toegekend.²³³ Wie meer wil ontvangen, kan daarvoor zelf nog een aanvullende verzekering afsluiten op basis van een first party verzekering.

De directe verzekering heeft de werknemer enkele belangrijke voordelen te bieden, niet in de laatste plaats met betrekking tot de bovenstaande alinea. Ten eerste is de werknemer zelf, in tegenstelling tot de aard of de gang van zaken bij een claims made-verzekering, letterlijk verzekerd van schadevergoeding in geval van een arbeidsongeval of een beroepsziekte. Hij hoeft niet op te zien tegen een onduidelijke, enerverende en onzekere (proces-)gang, de vertroebeling van de relatie met zijn werkgever en collega's, de verwijten dat het "allemaal je eigen schuld is" en "dan had je maar beter moeten opletten", een dure advocaat enz. Daardoor is de psychologische drempel om te claimen, die voor veel werknemers werkelijk een aanzienlijke, niet te onderschatten hindernis vormt, vermoedelijk aanzienlijk lager.²³⁴

Als bezwaar tegen deze 'drempelverlaging' wordt wel aangevoerd dat dit zal leiden tot een toename van claims. Het ligt voor de hand dat vele gelaedeerde werknemers, die voorheen zouden hebben opgezien tegen de 'juridische lijdensweg' en om deze reden zouden afzien van een aansprakelijkstelling, zich mogelijk dan wel zullen roeren. Wellicht is daar nog meer voor nodig dan een enkele drempelverlaging: voor de gemiddelde werknemer blijven er nog steeds grote hordes te nemen, zoals de gang naar een advocaat, diens honorarium, het enerverende en onzekere element van een vordering tot schadevergoeding, etc.²³⁵ De drempel van de directe verzekering is immers lager dan voor het aansprakelijkheidsrecht, zoals zo-even nog aan de orde is gekomen. Voor zover het gaat om gelegitimeerde claims, zie ik overigens niets verkeerts in een toename daarvan. Dit zou anders zijn indien de laagdrempeligheid voor de verzekeraar ertoe zou leiden dat hij dit effect niet zou kunnen voorzien c.q. calculeren en niet in staat zou zijn daar adequate maatregelen voor te nemen; maar dit komt mij onwaarschijnlijk voor.

Ten tweede zal de werknemer de uit te keren som mogelijk eerder kunnen ontvangen dan bij de huidige verzekeringen het geval is. Immers juist die

²³³ Een 'aanvullende' verzekering is echter mogelijk en met name voor werknemers met hogere inkomens aantrekkelijk. De premie hiervoor moeten zij in de regel echter zelf opbrengen.

²³⁴ Cane 2006, p. 167 e.v., p. 192 en 217; zie ook Fischer 1993, p. 27 e.v.

²³⁵ Vgl. het commentaar van A-G Spier voor HR 16 april 1999, NJ 1999, 666, LJN ZC2887 (L./Interpolis) en opnieuw Spier 2000b, p. 126-127. Vgl. ook Wansink 2000, p. 418.

kwesties die thans lager duren dan het bereiken van een medische eindstand, zoals verstoorde verhoudingen en meningsverschillen over schuld, causaliteit, (wettelijke) normen en aansprakelijkheid – zijn dan in veel mindere mate relevant. Het ligt in de lijn der redelijke verwachting dat deze vereenvoudiging een gunstige weerslag zal hebben op de snelheid waarmee de administratie van de verzekeraar claims kan behandelen.²³⁶

Een vlotte afwikkeling is in het bijzonder aantrekkelijk voor bijvoorbeeld werknemers die het slachtoffer zijn geworden van erkende beroepsgerelateerde ziekten als gevolg van asbest, zoals mesotheliom en longkanker. Zij hebben na de diagnose vaak nog maar een korte levensverwachting. Voor hen is het aansprakelijk moeten stellen van de eigen werkgever om enige schadevergoeding te verkrijgen vaak het begin van een tweede, juridische, lijdensweg.²³⁷ Een verzekeringspolis die de mogelijkheid biedt om vlot te kunnen ‘incasseren’ bespaart hen kostbare tijd, die anders zou worden verdaan met de aansprakelijkstelling, het afwachten van de (doorgaans trage) reactie van de werkgever, het doorspelen van de claim naar de verzekeraar, diens studie van de claim in relatie tot de polis, etc. In die zin kan het zeer wenselijk zijn om de polis te koppelen aan de lijsten van erkende beroepsziekten van de IAO en/of de EG (waarop deze ziekten vermeld staan), teneinde zekerheid vooraf te bieden en discussie achteraf te voorkomen.

Een praktisch probleem wat voor iedere vorm van verzekering geldt, is dat het niet mogelijk is om te komen tot een behoorlijke begroting van de schade totdat de gelaedeerde werknemer een medische eindtoestand heeft bereikt, wat naar gelang de aard van het letsel lang kan duren. Het verschil is echter dat, nu vragen over schuld, aansprakelijkheid en soortgelijke aspecten niet of nauwelijks van belang zijn, direct tot althans enige schadevergoeding kan worden overgegaan, bijvoorbeeld in de vorm van periodieke voorschotten. De afwezigheid van een eindtoestand is voor een directe verzekering geen bezwaar om tot (gedeeltelijke) uitkering over te gaan. (Dit geldt uiteraard niet

236 Vgl. Faure & Hartlief 1998, p. 1135 e.v. en Frenk 1999, p. 1547 e.v. Wat eveneens aanzienlijk zou bijdragen tot een snellere afhandeling van schadeclaims is een vooraf overeengekomen normering van schadevergoeding. Het is in de rechtsliteratuur nog geen uitgemaakte zaak of dit überhaupt wenselijk is, alhoewel verzekeraars begrijpelijkerwijze grote voorstanders zijn van normering. Helaas verhindert de noodzakelijke afgrenzing van deze dissertatie om nader op deze materie in te gaan.

237 Vgl. De Ruiter 1997, p. 20-21. Tussen het aanzoeken van een rechtshulpverlener door een met een asbestziekte getroffen werknemer en de eerste inhoudelijke reactie van de aansprakelijk gestelde werkgever liggen gemiddeld zo'n zes maanden. Voordat en indien de laatste zich bereid toont te schikken of een voorschot te verstrekken zijn er gemiddeld negen maanden gepasseerd en nog eens vier à vijf maanden voor het treffen van een regeling.

voor ziekten waarvan de uitkomst voorspelbaar is, zoals bij mesotheliom of andere fatale ziekten.)

De directe verzekering biedt ook de werkgever (c.q. de verzekeraar) het voordeel dat hem slepende en onzekere (gerechtelijke) procedures met de daarmee gepaard gaande kosten bespaard blijven. Het komt aannemelijk voor dat deze beperking van geschilpunten zal leiden tot minder gerechtelijke procedures, minder administratie etc. voor de verzekeraar, hetgeen weer tot uitdrukking kan komen in de hoogte van de door de werkgever te betalen premie.

Bovendien heeft de werkgever zekerheid: hij weet precies hoeveel premie hij jaarlijks verschuldigd is (zoals bij alle soorten verzekeringen), maar hoeft geen reserves aan te houden voor ongedekte claims van onbekende grootte. Zijn lasten zijn derhalve verlicht en beter calculeerbaar. Dit geldt in beginsel natuurlijk voor iedere polisvorm. Toch is er een verschil. Onder het regime van de huidige AVB-polissen op basis van een loss occurrence-systeem dan wel een claims made-systeem kunnen zich situaties voordoen, waarbij niet is voldaan aan een voorwaarde van de polis, bijvoorbeeld doordat de dekkingssfeer te eng omschreven is ('de gewone exploitatie') is om aan de praktijk (bedrijfssportdag) te voldoen. Een dekking die alle arbeidsgerelateerde schade dekt, verkeersongevallen, bedrijfssportdagen en dergelijke inbegrepen, heeft dit probleem veel minder.

Hierbij moet natuurlijk wel worden aangetekend dat de werkgever alleen verzekerd is tot het bedrag waarvoor hij zich verzekerd heeft – wat de naam van de polisvariant ook moge zijn. Dit geldt evenzeer voor de directe verzekering. Ingeval van bijvoorbeeld serieschaden, waar meerdere beroepsziektenclaims met dezelfde oorzaak door de werking van de serieschadeclausule verzekeringstechnisch als één gebeurtenis worden gezien en derhalve slechts één keer wordt uitgekeerd, kan het voorkomen dat de werkgever zich voor een te lage som heeft verzekerd. Dan moet hij alsnog bijdragen aan de schadevergoeding aan zijn werknemer. Het is dan ook van belang dat de verzekerde som niet te laag is in verhouding tot de arbeidsomstandigheden en daarmee gekoppelde risico's binnen een bedrijf.

Zonder te beweren dat de directe verzekering de ultieme remedie is voor de eerder geschetste problemen, biedt deze polisvorm in mijn opinie niettemin betere perspectieven om hen het hoofd bieden dan andere verzekeringsvormen of alternatieven. De directe verzekering biedt de verzekeraar namelijk *beheersbaarheid*.

Het belangrijkste aspect van de directe verzekering is dat de verzekeraar niet langer wordt verrast door onvoorziene of onvoorzienbare (juridische) ontwikkelingen in het aansprakelijkheidsrecht, of door maatschappelijke, medische of technische voortschrijdende veranderingen die hun weerslag vinden in het aansprakelijkheidsrecht. Juist dit brengt met zich dat vooraf duidelijk moet worden geschapen over welke schade precies gedekt is en tot welke omvang. Ten aanzien van beroepsziekten kunnen, zoals reeds eerder vermeld, erkende lijsten van beroepsziekten hier goede diensten bewijzen. Het is echter wel belangrijk om te voorkomen dat verzekeraars de 'dure' risico's uitsluiten. Op dit punt lijkt een ingrijpende bemoeienis van de wetgever – zoals ook bij de Zorgverzekeringswet is geschied – onvermijdelijk. Praktisch gezien zou dit bijvoorbeeld kunnen betekenen dat de Nederlandse wetgever verzekeraars verplicht om aan te haken bij de lijsten van erkende beroepsziekten van de Europese Gemeenschap en de IAO als minimumvoorwaarde en hen voor het overige vrij laat om zich van elkaar te onderscheiden door ook bijkomende ziekten te verzekeren. Vanzelfsprekend verplicht dit de wetgever op zijn beurt om medisch-wetenschappelijke ontwikkelingen nauwgezet te volgen, teneinde te voorkomen dat de in Nederland geldende lijsten van erkende beroepsziekten achterhaald raken.

Daarnaast is een praktisch voordeel dat het verlaten van het aansprakelijkheidsrecht ten aanzien van arbeidsongevallen en beroepsziekten met zich brengt: de vereenvoudiging van risicoberekeningen. De verzekeraar behoeft alleen te berekenen hoe groot de kans is dat de werknemer X van werkgever Y het slachtoffer zal worden van een arbeidsongeval of beroepsziekte en hoe omvangrijk de schade in dat geval zal zijn. De omvang van de (potentiële) schade is immers eenvoudiger te berekenen dan de kans dat de werkgever met succes aansprakelijk gesteld zal worden door een onbekende derde, want bij een directe verzekering zijn de potentiële slachtoffers al vooraf bekend.

Een tweede belangrijk voordeel is dat de directe verzekering het inzicht van de verzekeraar in de risicodifferentiatie zal verbeteren. Anders dan bij een claims made-verzekering dekt hij immers niet de schade van een onbekende derde, maar die van een werknemer van zijn eigen polishouder, de werkgever, die bij uitstek op de hoogte is van de grootte en aard van de risico's op de werkvloer. De werkgever weet precies wat de arbeidsomstandigheden zijn, hoeveel werknemers hij op de loonlijst heeft en wie daarvan aan welk risico wordt blootgesteld, wat diens inkomen is, wat zijn carrièreperspectieven zijn, de omvang van zijn gezin, etc. Hierdoor kan hij relevante en nauwkeurige informatie verschaffen aan de verzekeraar met betrekking tot individuele karakteristieken als leeftijd, gezondheid, ervaring, salaris, aard van het werk, getroffen veiligheidsmaatregelen op de werkplek, gezinsbehoeftes bij

verwonding of ziekte van de werknemer et cetera. Op basis van deze informatie wordt de verzekeraar in staat gesteld zijn risicogroepen meer nauwkeurig af te grenzen.²³⁸ Dit komt de risicodifferentiatie, wat juist bij de claims made-verzekering een groot probleem vormt, ten goede.

Een derde voordeel betreft preventie: in theorie biedt de directe verzekering ook betere mogelijkheden om het veiligheidsbeleid van de werkgever te beïnvloeden. De verzekeraar weet immers wie de potentiële claimanten zullen zijn en welke (vermijdbare of beperkbare) risico's zij in de uitvoering van hun werkzaamheden lopen. In theorie geeft dit de verzekeraar een behoorlijke 'vinger in de pap' om arbeidsongevallen en beroepsziekten op de werkvloer van zijn polishouder minimaliseren. Maar verzekeraars vertellen dat dit in de praktijk toch niet zo'n groot voordeel is als op papier: dergelijke inspanningen zouden de prijs van de polis aanmerkelijk opdrijven en daarmee de concurrentiepositie van de verzekeraar verminderen. In zoverre heeft een directe verzekering derhalve weinig preventieve invloed.

Hoewel de directe verzekering mijn inziens veel te bieden heeft, is zij geenszins gevrijwaard van moeilijke haken en ogen. Ten eerste leidt een bespreking van de directe verzekering onmiddellijk tot de vraag of deze niet beter, net als de Ongevallenwet, op een verplichte, wettelijke basis gefundeerd kan worden in plaats van haar toepasselijkheid over te laten aan het marktmechanisme. Ten tweede is de relatie van de directe verzekering tot het aansprakelijkheidsrecht op zijn zachtst gezegd een netelige kwestie. Deze en verwante vraagstukken zullen in de onderstaande paragrafen aan de orde komen.

6.7 *Immunititeit van de werkgever?*

Wat strikt gesproken niet noodzakelijk tot de definitie van een directe verzekering behoort maar wel als aanvulling voor de hand ligt, is dat de werknemer in beginsel²³⁹ jegens de werkgever afstand doet van zijn recht om zijn schade op hem te verhalen. Dit staat bekend als het immuniteitsbeginsel.

Het beperken van de civielrechtelijke aansprakelijkheid van de werkgever middels een verzekering is geen nieuw verschijnsel. Van 1901 tot 1967 kende

²³⁸ Van den Bergh & Faure 1990, p. 27.

²³⁹ Behoudens een beroep door de verzekeraar op opzet van de verzekerde met betrekking tot het ongeval of de beroepsziekte. Ook komt het mij voor dat een uitzondering moet worden gemaakt voor het geval dat er een meningsverschil bestaat tussen de werknemer en de verzekeraar over het antwoord op de vraag, of de claim van de werknemer gedekt is. In deze gevallen moet de toegang van de gelaedeerde werknemer tot het aansprakelijkheidsrecht onverminderd gehandhaafd blijven.

Nederland, in navolging van vergelijkbare buitenlandse wetgeving, de Ongevallenwet. Deze wet vertoonde duidelijke overeenkomsten met de moderne directe verzekering door op drastische wijze de civielrechtelijke aansprakelijkheid van de werkgever te limiteren. Ook België hanteert immuniteit in de Arbeidsongevallenwet en de Beroepsziektenwet.

Wat verklaart de nauwe relatie tussen de directe verzekering en het immuniteitsbeginsel? Voorop staat, dat het niet aannemelijk lijkt om te veronderstellen dat de verzekeraar genegen zal zijn een directe verzekering op de markt te brengen, indien hij daarnaast ook nog het risico loopt dat zijn verzekerde, de werkgever (en indirect dus hijzelf), tevens via het werkgeversaansprakelijkheidsrecht kan worden 'gepakt'; dubbelop, als het ware. Het werkgeversaansprakelijkheidsrecht is immers juist het belangrijkste wat de verzekeraar met de invoering van een directe verzekering beoogt te vermijden.

Anders gezegd: een cumulatie van directe verzekering en volledige werkgeversaansprakelijkheidsrecht zal door de verzekeraar niet met grote vreugde worden begroet; dit ligt anders wanneer het werkgeversaansprakelijkheidsrecht geheel zou worden afgeschaft of tot enkele aspecten zou worden beperkt. Zo bepleitte de Commissie Donner nadrukkelijk de afschaffing van het civiele werkgeversaansprakelijkheid ex art. 7:658 BW met een gelijktijdige invoering van een wettelijke verplichte werkgeversaansprakelijkheidsverzekering tegen risque professionnel. De werkgeversaansprakelijkheid zou dan 'overbodig' zijn omdat de Nederlandse verzekerde werkgever net als zijn Belgische collega 'immuun' zou zijn voor aansprakelijkheidsclaims van zijn gelaedeerde personeel.²⁴⁰

Onder welke omstandigheden het werkgeversaansprakelijkheidsrecht overbodig zou zijn, maakte de Commissie Donner echter niet duidelijk. Het vermoeden doet zich voor dat de Commissie wellicht het aansprakelijkheidsrecht en immuniteit met elkaar heeft verward; want de invoering van immuniteit in België heeft een scala van uitzonderingen (bijvoorbeeld verkeersongevallen tijdens woon-werkverkeer), zodat zeker niet van België gezegd kan worden dat daar geen werkgeversaansprakelijkheidsrecht meer bestaat. Bovendien: niettegenstaande de opvattingen van verzekeraars kunnen de directe verzekering en het werkgeversaansprakelijkheidsrecht zeer wel naast elkaar bestaan en elkaar goed aanvullen. Als weerspiegeling van maatschappelijke opvattingen (denk bijvoorbeeld aan shockschade en affectieschade) kan het aansprakelijkheidsrecht bij uitstek aangeven wat tot de schadevergoedings sfeer van de individuele werknemer behoort en wat niet. In die zin heeft het

²⁴⁰ Adviescommissie Arbeidsongeschiktheid 2001, p. 135.

aansprakelijkheidsrecht ook een belangrijke functie in de zin van de voortdurende actualisering van verhaalbare schadeposten.

Dit alles leidt tot de vraag: is de invoering van civielrechtelijke immuniteit van de werkgever (on-)wenselijk? Een belangrijk bezwaar tegen immuniteit is dat het vermoedelijk een negatief effect zal hebben op de preventie van arbeidsongevallen en beroepsziekten.²⁴¹ Preventie moet naar mijn mening hoog worden ingeschat: liever goede preventie bij de bron van arbeidsrisico's dan slimme juridische regels over de verdeling van de schade. Dit bezwaar veronderstelt echter dat werkgevers minder in preventie zullen investeren en minder op de naleving van veiligheid(svoorschriften) zullen toezien vanwege de redenering die bekend is geworden door een Apeldoornse verzekeringsmaatschappij met leuke reclames: "de verzekering betaalt toch". Daarnaast: waarom zou de werkgever zich druk maken om preventie, indien hij toch niet door de werknemer voor de rechter kan worden gesleept en de kans op een serieuze boete van de Arbeidsinspectie gering is?

De oplossing die de Belgen hiervoor gevonden hebben, is een risicogerelateerde premieheffing bij de werkgever: door weinig arbeidsgerelateerd letsel te melden, kan de werkgever zijn premie enigszins verlagen.²⁴² Ook kan de verzekeraar in principe de hoogte van de premie gebruiken om invloed uit te oefenen op het veiligheidsbeleid van de werkgever. In de praktijk betekent dit echter weinig, omdat het inventariseren, evalueren en begeleiden van iedere individuele werkplek de prijs van een verzekering tot onverkoopbare hoogtes zou doen stijgen.

Ook rijst de vraag, wat er van de verhaalspositie van de gelaedeerde werknemer terecht komt in geval van opzet of bewuste roekeloosheid van de werkgever als verzekeringsnemer. (Denk aan het overtreden van wettelijke regels, vervalsing van veiligheidsaktes, omkoping van ambtenaren, herhaaldelijk negeren van instructies en bevelen tot stillegging van het werk door de Arbeidsinspectie, etc.) Indien de verzekeraar in zo'n geval zou weigeren een schadevergoeding uit te keren aan de werknemer zou deze tussen wal en schip vallen omdat hij zich dan noch tot de verzekeraar, noch tot de werkgever kan wenden. Dat lijkt niet wenselijk.

De invloed van immuniteit op regres is beperkt, als België daarin een voorbeeld mag zijn. De Belgische verzekeraar is weliswaar gesubrogeerd in de rechten van de gelaedeerde werknemer, maar de immuniteit brengt ook

²⁴¹ Bijvoorbeeld Wansink 2000, p. 419-421.

²⁴² Art. 49 Arbeidsongevallenwet.

jegens de verzekeraar mee dat alleen in gevallen van opzet een aansprakelijkheidsvordering aan de werkgever kan worden gericht.²⁴³ Hiertoe is vereist dat de werkgever meerdere schriftelijke aanwijzingen van de Arbeidsinspectie heeft genegeerd. In de praktijk is deze kans heel klein.

Zonder een volledige opsomming van voordelen en bezwaren te beogen, nog een laatste gedachte over immuniteit: zal dit de verhaalsmogelijkheden van de werknemer niet overleveren aan de willekeur van de werkgever c.q. verzekeraar? Want zonder duidelijke en dwingende ‘spelregels’ van overheidswege zijn het in feite de verzekeraars, die bepalen hoever de rechtsbescherming en vergoedingshoogte van de slachtoffers reikt. Frenk wijst er terecht op dat dan het gevaar dreigt dat dan “de rechtsvorming de democratische legitimiteit van wetgeving of de onafhankelijkheid van een rechterlijk oordeel mist. De rechtsvorming wordt dan in handen gegeven van een belanghebbende.”²⁴⁴ Ook hier is echter te leren van de Belgische Arbeidsongevallenwet, die juist om deze reden doortrokken is van de zeggenschap van de Belgische werkgever, die dwingend voorschrijft wat verzekeraars moeten vergoeden, hoeveel en wanneer.

Een en ander tegen elkaar afwegende, komt het mij voor dat de civielrechtelijke immuniteit van de werkgever nadere bestudering waard is, met name door de wetgever. Daarbij moet worden opgepast dat niet te gauw het werkgeversaansprakelijkheidsrecht met het spreekwoordelijke badwater wordt weggegooid.

6.8 *Verplichte verzekering?*

Hoewel ik een grote voorstander ben van vrije keuzes, past het naar mijn mening niet in deze tijd dat ondernemers – zoals werkgevers dat bij uitstek zijn – ervoor mogen kiezen om gezondheidsbedreigende risico’s voor derden (werknemers) in de wereld te roepen wanneer zij mogelijk geen adequaat verhaal kunnen bieden indien een dergelijk risico zich verwezenlijkt. Het komt mij voor dat dit in strijd is met de zorgvuldigheid die men in het maatschappelijk verkeer jegens derden moet nastreven.²⁴⁵ Hieruit volgt dat alle werkgevers een verzekering of een daaraan minstens gelijkwaardige vorm van dekking behoren te bieden. Zeker in het geval van massaschades en sluipende ziektes kan het ontbreken van een verzekering tot gevolg hebben dat gelaedeerde werknemers met lege handen achter blijven. Met name de

²⁴³ Vgl. art. 46 § 1 1° jo. 7° Arbeidsongevallenwet.

²⁴⁴ Frenk 1999, p. 1547 e.v.

²⁴⁵ Anders: HR 14 februari 1969, NJ 1969, 189, LJN AC3415 (‘Eefje Kamerbeek’).

asbestslachtoffers hebben duidelijk gemaakt hoe schrijnend het is op zowel individueel als op maatschappelijk niveau wanneer een werknemer ernstige schade heeft en hij geen serieuze kans maakt op vergoeding van zijn schade, omdat de werkgever onvindbaar is of failliet.

Zoals reeds aangevoerd, lijkt in de jurisprudentie reeds een ontwikkeling te bespeuren die werkgevers 'afstraft' door aansprakelijkheid aan te nemen voor ongevallen van de werknemer, indien de werkgever heeft nagelaten een verzekering af te sluiten die de financiële gevolgen van een arbeidsongeval dekt (zie paragraaf 2.2.1). Hoewel het eigenlijk nog te vroeg is om zulks met zekerheid te stellen, lijkt de theoretische vrijheid van de werkgever om al dan niet een AVB-verzekering of andere vorm van verzekering (SVI-verzekering, bijvoorbeeld) zo al aan banden te zijn gelegd; in zoverre is de invoering van een verplichte (AVB-)verzekering voor arbeidsongevallen niet zo'n grote stap meer. De aanvaarding dat zo'n plicht ook zou gelden voor beroepsziekten vloeit daar logischerwijze slechts uit voort.

In de sociale zekerheid is het denkbeeld van een verplichte verzekering een actueel onderwerp. Zo heeft de Commissie Donner II zich in 2001, in het kader van een algemene herziening van de WAO, ingezet voor een verplichte werkgeversverzekering tegen arbeidsongevallen en beroepsziekten (de EGB) om daarmee specifiek aan de eisen van IAO-verdrag 121 te voldoen.²⁴⁶ Enkele jaren later stelde ook de SER een wettelijke verplichte verzekering voor die als aanvulling moest dienen op de voorgestelde wettelijke verplichte loon-doorbetaling over twee jaar.²⁴⁷ Deze suggestie is overgenomen door Spier die, juist tegen de achtergrond van de vergaand afgekalfde sociale zekerheid, de wenselijkheid oppert van een (wettelijke) verplichting voor werkgevers tot het afsluiten van een adequate ongevallenverzekering in verband met blijvende of langdurige arbeidsgerelateerde arbeidsongeschiktheid.²⁴⁸ Het lijkt een logische gedachte dat de werkgever deze verzekering afsluit ten behoeven van zijn werknemer of hem hierin tenminste behulpzaam is, al was het maar omdat de werkgever vermoedelijk betere verzekeringsvoorwaarden voor zijn werknemers kan bedingen dan de werknemer als individu. Tevens voorkomt dit dat de gelaedeerde werknemer bij 'vergeetachtigheid' om een verzekering

²⁴⁶ Adviescommissie Arbeidsongeschiktheid 2001, p. 9-10, p. 134-136, bekend als het Donner II-rapport. Zie ook Waterman 2001, p. 17-25.

²⁴⁷ Vgl. het wetsvoorstel Verlenging van de loon-doorbetalingsverplichting van de werkgever bij ziekte (Wet verlenging loon-doorbetalingsverplichting bij ziekte). Kamerstuk 2002-2003, 28 629, zie ook SER 2005, p. 160 en Adviescommissie Arbeidsongeschiktheid 2001, p. 136.

²⁴⁸ In zijn conclusie onder 8.8 bij HR 18 maart 2005, JAR 2005/100, LJN AR6669 (KLM/De Kuiper).

af te sluiten tussen wal en schip valt of ondanks het aannemen van verzekeringspremies alsnog de werkgever aansprakelijk weet te stellen.

Kortom, ik wil bepleiten dat werkgevers door de wetgever worden verplicht om een adequate vorm van verhaal te bieden aan hun gelaedeerde werknemers in de vorm van een verplichte (schade-)verzekering tegen arbeidsongevallen en beroepsziekten. Voor het merendeel van de Nederlandse werkgevers verandert dit weinig of niets aan de huidige situatie, zodat de verplichting tot het hebben van een verzekering waarover men reeds beschikt geen groot bezwaar kan zijn. En juist voor de werknemers van die werkgevers, die hun verplichtingen tot het bieden van adequate verhaalsmogelijkheden licht opnemen, is een dergelijke verplichte verzekering wenselijk.

De invoering van een verzekeringsplicht heeft echter drie belangrijke consequenties. Ten eerste heeft het weinig zin om een verplichte verzekering in te voeren, indien er geen behoorlijke controle bestaat op de handhaving daarvan. Hieruit vloeit voort, dat er een overheids- of verzekeringslichaam²⁴⁹ in de vorm van enigerlei waarborginstelling in het leven dient te worden geroepen met als primaire functie het toezien op de naleving van de verzekeringsplicht, althans voor zover deze taak niet aan een bestaande instantie kan worden toebedeeld. Ten tweede dient er een strafrechtelijke 'stok achter de deur' te zijn om de naleving van de verzekeringsplicht af te dwingen. Hierbij kan worden gedacht aan een boete die tenminste enige malen hoger is dan de jaarlijks verschuldigde verzekeringspremie. Ten derde mag een noodvoorziening (een back-up) niet ontbreken voor die gevallen, waarin de werkgever van de gelaedeerde werknemer zich niet heeft verzekerd, insolvent is, onvindbaar is, etc.²⁵⁰ Dit laatste lijkt met name van belang in geval van beroepsziekten met een lange latentietijd. Een Waarborgfonds kan hier goede diensten bewijzen.

Ten aanzien van al deze aspecten is het niet nodig het wiel opnieuw uit te vinden, omdat wij ook hiervoor kunnen omzien naar onze Zuiderburen, die op al deze punten al decennia ervaring in huis hebben. Zo verplicht de Belgische Arbeidsongevallenwet iedere werkgever op straffe van strafrechtelijke sancties om zijn werknemers te verzekeren tegen materiële schade welke het gevolg is van een arbeidsongeval.²⁵¹ De werkgever die zijn verzekeringsplicht

²⁴⁹ Deze zou bijvoorbeeld kunnen bestaan uit een vertegenwoordiging van de in Nederland op het gebied van de AVB-verzekeringen opererende verzekeraars, waarbij iedere verzekeraar naar ratio van zijn marktaandeel een bijdrage levert aan de 'back-up'-voorziening. Wellicht kan het Instituut voor Asbestslachtoffers hierbij als voorbeeld dienen.

²⁵⁰ Vgl. Frenk 1999, p. 1547 en opnieuw Frenk S 2000, p. 7-8.

²⁵¹ Vgl. art. 6 lid 2, 49, 57, 58 en 91 Arbeidsongevallenwet.

niet nakomt, is ambtshalve aangesloten bij het Fonds voor Arbeidsongevallen (FAO), die dan tot uitkering van de schadevergoeding zal overgaan en vervolgens (voor zover mogelijk) ingevolge zijn functie als waarborgfonds regres zal uitoefenen op de betreffende werkgever.²⁵²

Zonder verder uitvoerig in te gaan op de rol van het Fonds moge als laatste nog vermeld zijn dat het Fonds een algemene, toezichthoudende rol heeft op de verzekeringsovereenkomst tussen de werkgever en de werknemer.

De Belgische werkgever is in beginsel vrij om te kiezen bij welke verzekeraar hij zijn werknemer wil onderbrengen. Dit kan een openbare verzekeringsinstelling zijn maar ook één van de ca. dertig door de overheid gemachtigde particuliere verzekeraars. Daar de Belgische economie niet wezenlijk anders of aanmerkelijk groter is dan de Nederlandse, lijkt het voorshands niet aanmerkelijk dat een verzekeringsplicht in Nederland tot een verschraling van het marktaanbod zou leiden.

Om terug te keren naar de Nederlandse situatie: het komt mij voor dat een aanbod van de wettelijke verplichte directe verzekering door overwegend *particuliere* verzekeraars de voorkeur heeft, overeenkomstig de huidige politieke en maatschappelijke ontwikkelingen.²⁵³ Weliswaar biedt een overheidsverzekeraar (het UWV wellicht) vermoedelijk enige voordelen ten opzichte van een particuliere 'partij-verzekeraar', zoals een objectieve benadering van de claims, een onpartijdige uitstraling van de schadebeoordelende instantie en een kosten-neutrale basis zonder winststreven. Hier staan echter ook belangrijke bezwaren tegenover. Zo zijn (grote) overheidsapparaten in de regel traag, duur en inefficiënt in verhouding tot vergelijkbare particuliere instellingen. Daarnaast past het in deze tijd dat de werkgever vrij is in zijn keuze van een verzekeraar. Ook kan een particuliere verzekeraar zich stellig middels zijn product en dienstverlening beter onderscheiden op de verzekeringsmarkt dan een overheidsverzekeraar en tevens sneller inspelen op maatschappelijke ontwikkelingen. De noodzaak tot concurrentie heeft bovendien een gunstige invloed op de hoogte van de premie, hetgeen ten goede komt aan de verzekerde werkgever. Wanneer hierbij in overweging wordt genomen dat de Nederlandse maatschappij verkeert in een periode, waarin het politieke streven juist sterk gericht is op een terugdringing van de overheid in de sociale

252 Art. 60 Arbeidsongevallenwet. Vgl. Cass. 19 december 1994, AR S.94.70.N., (Croes/AG 1824), onuitgegeven. Zie art. 58 en 58bis Arbeidsongevallenwet m.b.t. taken; zie m.b.t. wettelijke verzekeringsplicht artt. 49, 57 en 58 Arbeidsongevallenwet.

253 Ook de Donner II-commissie beveelt een wettelijk verplichte verzekering met invoering van werkgeversimmunititeit aan, vgl. Adviescommissie Arbeidsongeschiktheid 2001, p. 136.

sector, dan ligt voor de hand dat een directe verzekering met particuliere verzekeraars als productaanbieders de meeste kans van slagen heeft.

Het lijkt mij overigens ook wenselijk om te onderzoeken of de invoering van een wettelijk verplichte verzekering kan worden gecombineerd met de invoering van een landelijke registratieplicht van verzekeringen, liefst ook van reeds bestaande verzekeringen. Een nationale databank van verzekeringen, zoals deze reeds in Engeland bestaat, zou het de werknemer (of diens erfgenamen) die veelvuldig van werkgever wisselt, aanmerkelijk gemakkelijker kunnen maken om te achterhalen bij welke verzekeraar zijn werkgever ooit in een bepaalde periode een (directe) verzekering voor hem heeft afgesloten; zeker in geval van 'sluipende schade' kan dit nuttig zijn. Het kan immers voorkomen dat een werknemer niet meer kan achterhalen of aantonen voor wie hij jaren terug gewerkt heeft, zodat het niet mogelijk is om bij die werkgever een vordering tot schadevergoeding in te stellen; of dat de werkgever niet meer bestaat maar diens verzekering nog wel mogelijkheden tot schadevergoeding kan bieden, indien de werknemer er slechts achter kan komen óf er überhaupt een verzekering is waar hij aanspraak op kan maken en van welke maatschappij deze afkomstig is. In de praktijk kan dit wellicht goedkoop, efficiënt en toegankelijk gerealiseerd worden door middel van een virtuele bibliotheek waar alle documenten naartoe gezonden kunnen worden en tevens kunnen worden geconsulteerd. Daarmee zou de verzekeringswereld zeker een mooie dienst van praktische betekenis aan de maatschappij bewijzen.

Het is aardig om te constateren dat de sociale zekerheid na een eeuw als het ware de cirkel heeft voltooid door opnieuw te concentreren op de individuele verantwoordelijkheid van de werkgever, culminerend in een verzekeringsplicht. Anders dan Barentsen meen ik daarom dat de grondslag van de sociale zekerheid van de 21^{ste} eeuw, althans met betrekking tot arbeidsongeschiktheid, beter kan luiden: niet de staat, maar de werkgever is in de eerste plaats verantwoordelijk voor (verzekering tegen) arbeidsongeschiktheid.²⁵⁴

6.9 Verdere beleidsvragen

Een verzekering die focust op het werkgeversaansprakelijkheidsrecht, richt zich vanzelfsprekend op de dekking van juist die risico's, die het onderwerp vormen van dit rechtsgebied: arbeidsongevallen en beroepsziekten. Arbeidsongevallen vormen naar hun aard niet of nauwelijks een verzekeringsrechtelijk probleem, zodat wat dit betreft, het er niet wezenlijk toe doet middels

²⁵⁴ Barentsen 2003. Let wel, Barentsen refereert in deze stelling bij zijn proefschrift aan de huidige inrichting van de zorgstaat.

welke polisvorm een arbeidsongeval wordt verzekerd. Beroepsziekten daarentegen zijn een ander verhaal en zoals hiervoor aan de orde is gekomen, vormen juist zij een zeer geschikt subject voor een directe verzekering. Het ligt dan ook voor de hand om zowel de schade als gevolg van arbeidsongevallen als van beroepsziekten onder te brengen in dezelfde (directe) verzekering. Een lijst van erkende beroepsziekten kan daarvan deel uitmaken.

De steeds ruimere uitleg van de werkgeversaansprakelijkheid rechtvaardigt de overweging om de dekking van arbeidsongevallen niet te eng te begrenzen, maar ook activiteiten die door de werkgever worden geïnstigeerd of tenminste door hem worden gestimuleerd tot de dekkingssfeer toe te laten. Woon-werkverkeer valt hier evident onder, maar ook denkbaar zijn de ‘vrijwillig verplichte’ bedrijfsfeestjes en -uitjes, die steeds frequenter, spannender en daarmee riskanter lijken te worden.²⁵⁵ Dit past bij de moderne invulling van het arbeidsleven. Naar het voorbeeld van het Belgische art. 7 lid 1 Arbeidsongevallenwet zou een verzekerd arbeidsongeval dan kunnen worden gedefinieerd als “elk ongeval dat een werknemer tijdens en door het feit van de uitvoering van de arbeidsovereenkomst overkomt en dat een letsel veroorzaakt”. Hierbij ligt de nadruk op de ‘uitvoering van de arbeidsovereenkomst’ wat duidelijk een ruimer begrip is dan ‘uitvoering van werkzaamheden’.

Hoe zal de financiering van arbeidsrisico’s geschieden? Op dit moment zijn er drie (combinaties van) mogelijkheden: de werknemer draagt zelf zijn schade, de werkgever c.q. verzekeraar draagt zijn schade en de sociale zekerheid komt met name na twee jaar loondoorbetaling in beeld. Maar ook andere mogelijkheden bestaan en zijn reeds besproken, zoals een terugkeer naar een hoger sociaalzekerheidsrechtelijk uitkeringsniveau, een wettelijk verplichte verzekering van de werkgever op basis van een directe verzekering en eventueel zelfs een vrijwillige aanvullende inkomensverzekering van de werknemer.

Hoever deze mogelijkheden de schade van de werknemer vergoeden, is in ieder geval anders. Van de sociale zekerheid mag verwacht worden, nu deze van de overheid afkomstig is, dat de uitkeringsnormen in overeenstemming zijn met verdragsrecht; dat betekent dat de werknemer minimaal een uitkeringsniveau van 60% van zijn laatstverdiende inkomen tot aan zijn pensioengerechtigde leeftijd mag verwachten. Wat de werkgever c.q. de verzekeraar uitkeert, is een kwestie van onderhandeling waarbij regels van het aansprakelijkheidsrecht (jurisprudentie) en wetgeving nadere invulling kunnen geven. Het voordeel van wetgeving is dat dit minimale ‘redelijkheidseisen’ kan opleveren, terwijl jurisprudentie steeds het actuele maatschappelijke rechts-

²⁵⁵ Wat te denken van ballonvaarten, vlottentochten, etc.?

gevoel en de omstandigheden van het individuele geval zo dicht mogelijk benadert.

Dit wil overigens niet zeggen dat dit de enige mogelijkheden zijn: zo wordt in de literatuur bijvoorbeeld geopperd – met name in de context van een herziening van het werkgeversaansprakelijkheidsrecht – om een normering of limitering van schadeposten in te voeren wat het schaderegelingproces meer efficiënt en sneller zou doen verlopen.²⁵⁶ Dit staat echter haaks op het gegeven van volledige schadevergoeding dat een fundamenteel principe is van het werkgeversaansprakelijkheidsrecht. Wat weegt zwaarder, een meer efficiënte schaderegelingprocedure of (het recht op) volledige schadevergoeding? Ik meen dat het de werknemer, die het slachtoffer is geworden van een arbeidsongeval of beroepsziekte en daar psychisch, fysiek en financieel leed van ondervindt, bezwaarlijk kan worden tegengeworpen dat hij ‘moet inleveren’ en een deel van de hem onrechtmatig toegebrachte schade zelf moet dragen omdat dit voor derden zo efficiënt is.

Hetzelfde geldt ook ten aanzien van suggesties om het recht op immateriële schade (smartengeld) te normeren of te beperken.²⁵⁷ Persoonlijk vind ik dit nog onsympathieker, omdat het niveau van smartengeld in Nederland al zo treurig afsteekt bij de ons omringende landen.²⁵⁸ Wie zou een compensatie van circa € 200.000 een redelijke en billijke vergoeding vinden voor een onrechtmatige toegebrachte dodelijke ziekte als AIDS? De smart van een slachtoffer, welke qua aard en belang wordt bepaald door een scala van feitelijke en psychologische factoren, kan op geen enkele wijze worden gereflecteerd in een categorische omschrijving die recht doet aan de bijzondere omstandigheden van het individuele geval. Juist hier komt het onbelemmerde oordeel van de rechter het meest tot zijn recht.

7 Conclusies

In dit hoofdstuk komen vele zaken aan de orde. Zo is duidelijk geworden dat, alle pogingen van de rechterlijke macht ten spijt, de aansprakelijkheid van de werkgever voor arbeidsongevallen en beroepsziekten niet goed fungeert op dezelfde aansprakelijkheidsgrondslag van art. 7:658 BW: de feitelijke en juridische verschillen tussen arbeidsongevallen en beroepsziekten zijn daarvoor

²⁵⁶ Met name de Tilburgse juristen, hierin aangevoerd door Barendrecht, zijn hier voorstander van. Vgl. Weterings 2004 en Van Willigenburg & Van der Linden 2005, p. 110-115.

²⁵⁷ Giesen 2001, p. 120-123, Rauws 2001, p. 109-122, Faure & Hartlief 2002, p. 272-274, Frenk 2004, p. 62-65.

²⁵⁸ Vgl. Lindenbergh 1998b.

te groot. Belangrijke aspecten als bewijsrecht en verjaring, die geheel zijn uitgekristalliseerd ten aanzien van arbeidsongevallen, zijn nog in een staat van ontwikkeling ten aanzien van beroepsziekten. Deze discrepantie verdient nadere aandacht van de wetgever bij een herziening c.q. modernisering van art. 7:658 BW. Ook het voortdurende bijsturen van het werkgeversaansprakelijkheidsrecht door de rechterlijke macht naar aanleiding van incidentele rechtszaken, leidt tot een langzame ontwrichting van het werkgeversaansprakelijkheidsrecht en verdient om die reden de aandacht van de wetgever om een meer consistent werkgeversaansprakelijkheidsrecht te bewerkstelligen.

De strikte toepassing van schuldaansprakelijkheid van de werkgever kan leiden tot de onbevredigende situatie dat een werknemer duidelijke arbeidsgerelateerde schade zelf moet dragen bij gebrek aan schuld van de werkgever. De jurisprudentie kent hiervan vele voorbeelden, zoals de dakdekker die door een dak valt, de kraanmachinist die van de kraan valt, de glazenwasser die van zijn ladder valt, etc. In geval van ernstig letsel, in combinatie met de schrale WIA-wetgeving, kan dit ertoe leiden dat de werknemer tot in lengte van jaren ook ernstige financiële schade kan leiden en zijn inkomenszekerheid behoorlijk kan worden aangetast. Er is echter geen goede reden te bedenken waarom de werknemer een risico moet dragen wat duidelijk in de risicosfeer van de werkgever ligt; in zoverre is dit een pleidooi voor de herintroductie van het *risque professionnel*.

Wederom heeft de rechterlijke macht gepoogd om deze onredelijke situatie bij te sturen, bijvoorbeeld door in geval van arbeidsgerelateerde verkeersongevallen de zorgplicht van de werkgever als goed werkgever te benadrukken. Het gevolg van deze rechtspraak is echter dat de ambulante werknemer in het gewone en het woon-werkverkeer een beroep kan doen op een nieuwe verzekeringsplicht van de werkgever voor zijn schade, wat effectief neerkomt op de invoering door de rechterlijke macht van een nieuw systeem van (welhaast) risicoaansprakelijkheid. Maar dit betekent wel gelijktijdig een achterstelling van de stationaire werknemer, voor wie de 'gewone' schuldaansprakelijkheid blijft gelden. Ook hier valt niet in te zien wat de rechtvaardiging van deze discrepantie kan zijn. Met andere woorden: het is tijd dat de wetgever ook de fundamentele grondslag van het werkgeversaansprakelijkheidsrecht, namelijk de schuldaansprakelijkheid, opnieuw beziet.

Wellicht kan worden gesteld dat er een groeiende druk bestaat op het werkgeversaansprakelijkheidsrecht, bijvoorbeeld als gevolg van de toenemende kennis over beroepsziekten en een beweerdelijke claimcultuur onder werknemers. Voor zover dit juist is, is het op een maatschappelijk niveau niet nadelig: in beide gevallen leidt het ertoe dat geleden schade beter wordt ver-

haald op de aansprakelijke werkgever. Voor zover het niet waar is, is het ook niet van feitelijk belang.

Verzekeraars volgen de trends in het werkgeversaansprakelijkheidsrecht nauwlettend en passen, waar zij dit in hun belangen wenselijk achten, hun polissen overeenkomstig aan. Vanzelfsprekend kan hen dit niet kwalijk worden genomen: daar zijn zij tenslotte ondernemers voor. Maar vanuit maatschappelijk perspectief is het wenselijk dat beroepsziekten en goed werkgeverschap verzekeraar zijn en blijven; en vanuit die visie kan wederom een ingrijpen van de wetgever wellicht in de toekomst nodig zijn.

Voor de werknemer die langer dan twee jaar arbeidsongeschikt is, wordt zijn sociaalzekerheidsrechtelijke inkomenszekerheid in grote mate bepaald door de WIA. Ter bescherming van de werknemer is het dan ook van belang dat de WIA voldoet aan de daaraan te stellen eisen, die nauwkeurig zijn vastgelegd in het door Nederland geratificeerde IAO-verdrag 121. Een kritische toetsing van de WIA aan dit verdrag kan echter slechts tot de conclusie leiden dat de WIA op vele belangrijke punten niet aan het verdrag voldoet: bijvoorbeeld ten aanzien van de minimale uitkeringshoogte en -voorwaarden, de eigen bijdrage in de ziektekosten naar aanleiding van een arbeidsongeval of een beroepsziekte, de verplichting om een officiële lijst van erkende beroepsziekten te hanteren en om een verkeersongeval tijdens woon-werkverkeer als een arbeidsongeval te behandelen. Tenminste een deel van het verdrag, namelijk het deel dat betrekking heeft op de eigen bijdrage, heeft volgens de Centrale Raad van Beroep rechtstreekse werking in de Nederlandse rechtssfeer. Mogelijk geldt dit ook voor andere delen van het verdrag.

Daar komt bij dat het IAO-verdrag uitgaat van het in Europa alom gehanteerde principe van *risque professionnel*, maar dit behoeft op zichzelf niet een toetsing met positief resultaat in de weg te staan. Wat daarvan zij, deze toestand wekt bevreemding: de Nederlandse staat is immers gehouden om de bepalingen van dit geratificeerde verdrag naar Nederlands recht te codificeren en uit te voeren. Dat is echter beslist niet het geval. Dit leidt tot een keuze voor de wetgever: ofwel het verdrag opzeggen, wat vanuit mondiaal perspectief beschamend zou zijn omdat het verdrag geenszins als veeleisend wordt gezien, of het verdrag alsnog naleven. Opzeggen lijkt niet echt een serieuze optie: het wordt dus naleven.

Echter: zolang het verdrag gehandhaafd blijft, heeft de Nederlandse werknemer er recht op dat de Nederlandse wetgever de bescherming die IAO-verdrag 121 aan de werknemer biedt, respecteert. Vanuit dit gezichtspunt is het opmerkelijk dat de afschaffing van de Ongevallenwet en de gelijktijdige

invoering van de WAO slechts enkele jaren na de ratificatie van het verdrag heeft plaatsgevonden. Hier liggen belangrijke verplichtingen die de wetgever behoort na te komen. De WIA in de huidige versie staat dit in de weg.

Een praktische manier om het verdrag alsnog te honoreren, ligt al op een presenterschaaltje klaar: namelijk de invoering – alsnog – van de Extra Garantieregeling Beroepsrisico's (EGB), zoals voorgesteld door de Commissie Donner. Dit betekent een vergaande herziening van de WIA en komt in grote lijnen neer op de herinvoering van het risque professionnel en risicoaansprakelijkheid van de werkgever (ook ten aanzien van verkeersongevallen), de introductie van een wettelijke verzekeringsplicht van de werkgever op basis van directe verzekering en de invoering van een officiële lijst van erkende beroepsziekten met daaraan gekoppelde bewijsvoordelen voor de werknemer. Eigenlijk komt het neer op een herinvoering van de Ongevallenwet, nieuwe stijl.

Een groot vraagpunt is wel, of de EGB al dan niet moet worden gecombineerd met de invoering van civielrechtelijke immuniteit van de werkgever. Het potentiële grote nadeel van deze immuniteit is dat de werkgever en met name de werknemer dan zijn overgeleverd aan de willekeur van de verzekeraar, zonder dat de rechter hierin nog kan optreden. Het moet toch niet worden vergeten dat de rechterlijke macht inzake art. 7:658 BW decennia lang de Nederlandse maatschappij goede diensten heeft bewezen. Anderzijds heeft België dit nadeel weten op te lossen door zich als overheid vergaand te bemoeien met de inhoud van verzekeringspolissen en voor te schrijven wat deze minimaal moeten dekken. Ook hier liggen derhalve essentiële keuzes voor de wetgever.

Kortom: de wetgever heeft in de nabije toekomst diverse verplichtingen na te komen in het rechtsgebied van werkgeversaansprakelijkheid en moet daarin ook belangrijke keuzes maken. Dat maakt het werkgeversaansprakelijkheidsrecht vanuit juridisch, maatschappelijk en politiek perspectief een heel boeiend rechtsgebied, waarin nog veel zal gebeuren.

DEEL IV

7 Een overzicht van de voorgaande hoofdstukken

1 Introductie en opbouw

Centraal in dit proefschrift staat de uitdijende civiele aansprakelijkheid van de werkgever voor arbeidsongevallen en beroepsziekten van zijn werknemers, zoals neergelegd in art. 7:658 BW. Bijzondere aandacht gaat daarbij uit naar de invoering van de WAO in 1967, toen het stelsel van *risque professionnel* (Ongevallenwet), waarin de werkgever immuniteit genoot tegen aansprakelijkheidsclaims, is verlaten ten gunste van de invoering van een stelsel van *risque social* (WAO; thans WIA) waarin de werkgever volledig aansprakelijk kan worden gehouden. Ruim veertig jaar na dit historische moment wordt in dit proefschrift onderzocht of de Nederlandse wetgever destijds, vanuit een hedendaags gezichtspunt, de juiste keuze heeft gemaakt om over te stappen van *risque professionnel* naar *risque social*.

Ter beantwoording van deze vraag is het boek ingedeeld in vier delen, waarbij hoofdstuk 1 het onderwerp en doel van dit proefschrift in wat groter detail dan hiervoor beschrijft. Inhoudelijk wordt vervolgd in deel I, bestaande uit hoofdstukken 2 en 3. Hierin wordt in essentie de historische ontwikkeling en positieve stand van het werkgeversaansprakelijkheidsrecht weergegeven in combinatie met de daarmee samenhangende aspecten van sociale zekerheid (Ongevallenwet, WAO en WIA). Deel II biedt een vergelijking en beschrijving van het Belgisch en Engels rechtssysteem ten aanzien van arbeidsongevallen en beroepsziekten in respectievelijk hoofdstukken 4 en 5. Hieruit blijkt welke achtergronden en aspecten het Nederlandse werkgeversaansprakelijkheidsrecht gemeen heeft (of juist niet) met deze landen en welke verschillende benaderingen er blijken te zijn voor gemeenschappelijke problemen. Deel III inventariseert in hoofdstuk 6 de bevindingen van de voorgaande hoofdstukken en analyseert op kritische wijze hun betekenis, zowel voor de wetgever als voor toekomstige ontwikkelingen ten aanzien van arbeidsongevallen en beroepsziekten. Deel IV ten slotte wordt gevormd door een overzicht van de belangrijkste bevindingen en een Engelse samenvatting van het geheel.

2 Hoofdstuk 2: Het historisch perspectief

In essentie worden in dit hoofdstuk het historisch kader en de wetsgeschiedenis van art. 7:658 BW toegelicht, waarin de basis van het Nederlandse civiele werkgeversaansprakelijkheidsrecht is neergelegd. Ook de voor dit onderzoek relevante geschiedenis van de sociale zekerheid komt hier aan de orde, met name de Ongevallenwet, de WAO en de WIA. Het belang daarvan is gelegen in de overweging dat waar de sociale zekerheid ophoudt, een belangrijk deel van de (financiële) schade van de werknemer begint. In die zin bestaat er een belangrijke relatie tussen het aansprakelijkheidsrecht en het socialezekerheidsrecht. Bovendien is een inzicht in de historische achtergrond nuttig vanuit rechtsvergelijkend perspectief om de ‘overstap’ van de Ongevallenwet naar de WAO in 1967 te kunnen verklaren – achteraf gezien misschien één van de meest belangrijke gebeurtenissen in de Nederlandse wetgeving van de laatste halve eeuw.

Ten tijde van de invoering van de voorloper van het hedendaagse art. 7:658 BW, art. 7A:1638x oud-BW, was Nederland juist het tijdperk van industrialisatie ingetreden en ondervond de gevolgen van de veranderende arbeidstechnieken en arbeidsverhoudingen die daarmee gepaard gingen, zoals een overgang van een hoofdzakelijk agrarische economie met enige thuisarbeid naar de opkomst van massaal producerende fabrieken die op voorheen ongekend grote schaal arbeid boden. Het directe contact met de ‘patroon’ verdween in de massaliteit van deze nieuwe werkgelegenheid en diens gemakkelijke overzicht over wat zich in zijn ‘lokaal’ (veelal zijn woonkamer) afspeelde, werd vervangen door het visuele en auditieve kabaal van de ‘helsche raderen’ in de fabriekshallen.

Voorafgaand aan de industrialisatie waren de woon- en werkomstandigheden van de arbeider in het algemeen zo miserabel en de fysieke ellende zo wijdverspreid dat daarin weinig onrecht werd gezien: zo was het leven nu eenmaal. Het inzicht in ziekmakende factoren van het werk was gering temidden van alle dagelijkse, overal aanwezige ziekmakende factoren en de lijdelijkheid waarmee deze werden verdragen. Iedereen had wel wat. De mechanisatie die in het spoor van de industrialisatie volgde en op grote schaal slachtoffers onder de arbeiders maakte, veranderde echter dit perspectief. Op breed maatschappelijk niveau begon het besef door te dringen dat de industrialisatie leidde tot slachtoffers als gevolg van de arbeidsomstandigheden; dat de arbeidsomstandigheden werden bepaald door de werkgevers; en dat deze werkgevers op grond van hun patronaat een zorgplicht hadden voor de veiligheid en gezondheid van hun arbeiders waarvan de vervulling veel te wensen overliet. Gaandeweg werd duidelijk dat de economische toepassingen

van marktwerking en laissez-faire de arbeiders heil noch verhaal bood. Dit leidde tot het inzicht dat de theorie van laissez-faire de rechten en het welzijn van de arbeider tekort deed; hij had behoefte aan beschermende wetgeving en overheidscontrole.

Ook praktische overwegingen leidden tot het inzicht dat beschermende wetgeving en overheidscontrole op de veiligheid van de arbeidsomstandigheden wenselijk waren: kinderarbeidertjes die al op jonge leeftijd gebroken waren voor het leven en volwassen arbeiders die zwak waren van gestel konden niet voldoen aan het veeleisende tempo wat in de fabriek werd verlangd, noch aan de vraag naar sterke, geschoolde arbeiders. Het is deze achtergrond die, langzaam maar zeker, heeft geleid tot de Kinderwet, de Arbeidswet en de Veiligheidswet. Daar bleef het niet bij: het morele besef dat de arbeider die buiten zijn schuld getroffen was door een arbeidsongeval of een beroepsziekte geen reële kans had op verhaal van zijn schade, leidde tot een wettelijke verplichting van de werkgever om zich tegen deze aanspraken te verzekeren. Als doekje voor het bloeden mocht de werkgever immuniteit genieten tegen deze aanspraken: zijn financiële schade bleef zo beperkt tot de wettelijk opgelegde bijdragen. De zieke of gelaedeerde arbeider die geen loon meer ontving, mocht zich wenden tot de staatskas. Zo is, in een notendop, de Ongevallenwet tot stand gekomen in 1901.

In navolging van buitenlandse wetgeving volgde in 1907 art. 7A:1638x oud-BW als onderdeel van de Wet op de Arbeidsovereenkomst. Ook hier gaf het nieuw gerezen inzicht dat de arbeider zonder beschermende wetgeving aan zijn lot was overgelaten de doorslag. Art. 7A:1638x oud-BW verloor echter onmiddellijk veel van haar betekenis vanwege de immuniteit van de werkgever op grond van de Ongevallenwet; maar niettemin was hij tenminste tot stand gekomen. Het wetsartikel is duidelijk geënt op de destijdsse arbeidsomstandigheden en -verhoudingen, zoals blijkt uit termen als 'patroon' en 'lokaal'. Bij de invoering van het Nieuw Burgerlijk Wetboek in 1992 heeft de wetgever veel van deze verouderde aspecten gemakshalve zo gelaten. Daarmee is echter een belangrijke kans gemist voor een actualisering van het werkgevers aansprakelijkheidsrecht; niet alleen wat terminologie betreft maar ook om het wetsartikel te beschouwen in het licht van huidige arbeidsomstandigheden en -verhoudingen.

Na de ervaringen van de Tweede Wereldoorlog ontstond een sociaal klimaat waarin meer oog bestond voor de noden van arbeidsongeschikte burgers vanuit de wens om geen onderscheid te maken naar de oorzaak van hun behoefte. Deze tijdsgeest leidde tot de maatschappelijk breed gedragen overtuiging dat de Staat zorg behoorde te dragen voor de sociale zekerheid van

ál haar leden en dat arbeidsongeschiktheid niet een individuele kwestie maar een collectief probleem was, dat dan ook collectief behoorde te worden gedragen. Vanuit dit gezichtspunt kon de Ongevallenwet niet meer voldoen, nu deze alleen soelaas bood aan werknemers. Dit nieuwe gezichtspunt vormde voor de Nederlandse regering reden om in 1945 aan de Commissie Van Rhijn opdracht te verlenen om een nieuwe grondslag voor de sociale zekerheid te formuleren voor de moderne verzorgingsstaat. Dit resulteerde in een golf van sociale zekerheidswetgeving, waaronder ook de Wet op de Arbeidsongeschiktheid (WAO) van 1967 ter vervanging van de Ongevallenwet.

De WAO heeft twee wezenlijke veranderingen ingeluid. Ten eerste betekende de wens om geen onderscheid te maken naar de oorzaak van de arbeidsongeschiktheid om in aanmerking te komen voor een uitkering van overheidswege het einde van het *risque professionnel*. Het nieuwe sociaalzekerheidsstelsel werd gebaseerd op een grondslag van *risque social*. Ten tweede betekende de afschaffing van de Ongevallenwet dat ook een einde was gekomen aan de beperkende werking ten aanzien van art. 7A:1638 x oud-BW, dat tot dat punt van weinig betekenis was geweest. Pas na 1967 is art. 7A:1638x oud-BW, in 1992 opnieuw gecodificeerd als art. 7:658 BW, als het ware 'herleefd' en geleidelijk aan tot wasdom gekomen.

Inhoudelijk biedt de WAO een loongerelateerde uitkering tot het bereiken van de 65-jarige leeftijd aan werknemers met een arbeidsongeschiktheidspercentage van minimaal 15%. Met een indeling in zeven arbeidsongeschiktheidsklassen betekent dit een minimumuitkering van 14% van het laatste loon voor de laagste arbeidsongeschiktheidsklasse (15-25% arbeidsongeschikt) en een maximumuitkering van 70% van het laatste loon bij een arbeidsongeschiktheidspercentage van 80-100%. De toepassing van een wettelijk maximumdagloon betekent wel dat werknemers met een relatief hoog loon financieel zwaarder worden getroffen dan werknemers met een laag loonniveau. Inmiddels is de WAO echter vervangen door de WIA en is alleen nog geldig voor arbeidsongeschikte werknemers die vóór 30 december 2004 aanspraak konden maken op een WAO-uitkering.

De per 1 januari 2006 ingevoerde WIA is op zijn beurt het gevolg van de jarenlange gekoesterde wens van de overheid om zowel de financiële onbeheersbaarheid als de enorme kosten die met de WAO gepaard gingen een halt toe te roepen. Ook de WIA is geschoeid op de leest van het *risque social*. Weliswaar had het er eventjes naar uitgezien dat de WIA een speciale voorziening zou bevatten voor door arbeidsgerelateerde oorzaken arbeidsongeschikte werknemers (de Extra Garantieregeling Beroepsziekten), maar na bezwaren van de SER dat dit niet nodig was en met name IAO-verdrag 121

niet tot zo'n maatregel noodzaakte, is dit voorstel van de Commissie Donner niet verwezenlijkt.

De WIA- uitkeringen variëren van 28% van het (gemaximeerde) laatstverdiende loon voor een werknemer in de laagste arbeidsongeschiktheidscategorie van 35-45% tot 75% van het (gemaximeerde) laatstverdiende loon bij een arbeidongeschiktheidspercentage vanaf 80%. Inhoudelijk is de WIA veel schraler dan de WAO; zo ligt de toegankelijkheidsgrens bij een minimum van 35% arbeidsongeschiktheid. Wie dit niet haalt, wordt niet geacht arbeidsongeschikt te zijn in de zin van de WIA en is aangewezen op de WW en daarna op de bijstand. Dit geldt ook voor werknemers die na een herkeuring uit de WAO 'vallen' en werknemers die slechts gedeeltelijk arbeidsongeschikt zijn (35-80%) en geen baan kunnen vinden voor het deel dat zij arbeidsgeschikt zijn of eveneens niet langer in aanmerking komen voor een WIA-uitkering. Hoewel de wens van de overheid om het aantal arbeidsongeschiktheidsuitkeringen te verminderen is gerealiseerd, lijkt dit toch niet te zijn verwezenlijkt door het aantal *arbeidsongeschikten* gelijktijdig te verminderen. Deze zijn ten dele met formaliteiten als definities weggevangen en ook ten dele verschoven naar de WW en de bijstand. Hier wacht hen een financiële toekomst die ver verwijderd is van het inkomen wat zij voor hun arbeidsongeval of beroepsziekte verdienden.

Het zal weinig verbazing wekken dat deze afkalvende sociale zekerheid hand in hand lijkt te gaan met, afgaand op het stijgend aantal publicaties van vonnissen en juridische literatuur, een groeiende belangstelling van de werknemer voor art. 7:658 BW. Indien de oorzaak van zijn arbeidsongeschiktheid gelegen is in de arbeidsomstandigheden, dwingt financiële nood hem bij gebrek aan sociaalzekerheidsrechtelijke inkomensbescherming welhaast om zijn (inkomens-)schade te verhalen op de werkgever.

3 **Hoofdstuk 3: De aansprakelijkheid van de Nederlandse werkgever**

In dit hoofdstuk wordt zowel een beknopt overzicht gegeven van de begrippen die in art. 7:658 BW centraal staan als van de leerstukken die deel uitmaken van het werkgeversaansprakelijkheidsrecht.

Inmiddels bestaat de in 1907 tot stand gekomen werkgeversaansprakelijkheid ruim honderd jaar. In die tijd heeft het wetsartikel diverse aanpassingen ondergaan, zowel inhoudelijk als qua nummering. Toch kan nog worden vastgesteld dat in de gekozen bewoordingen van het huidige artikel 7:658 BW, die nu archaïsch voorkomen, nog steeds de visie van de wetgever op de

toenmalige arbeidsomstandigheden kan worden herkend, toen een arbeider tegen zijn werkgever opzag als zijn broodheer in bijna letterlijke zin en er nog niet of nauwelijks sprake was van motorverkeer, snelwegen, elektriciteit, plastic, psychiatrische wetenschap etcetera. Hoe anders zag Nederland er toen uit...

Door de hedendaagse jurisprudentie te toetsen aan de historische begrippen van art. 7:658 BW blijkt dat er een spanningsveld bestaat tussen het in wezen verouderde wetsartikel en de moderne arbeidsomstandigheden. Zo kan de werkgever inmiddels – heel anders dan de wetgever van 1907 had beoogd – op grond van art. 7:658 BW aansprakelijk zijn voor werknemers die niet de zijne zijn (zoals uitzendkrachten) en voor personen die überhaupt geen werknemers zijn (zoals zeelieden en vrijwilligers); voor werkzaamheden die niet in maar buiten zijn ‘lokaal’ worden verricht; en voor schade ‘tussen de oren’. Juist door de betekenis van deze termen zo ver op te rekken, heeft de rechterlijke macht van art. 7:658 BW een zeer elastisch wetsartikel gemaakt dat nog enigszins beantwoordt aan de eisen van de moderne arbeidsvervulling. Anderzijds is toch wel duidelijk geworden dat art. 7:658 BW inmiddels aan alle kanten wringt: de rek is eruit, er staat niet meer wat er staat. Artikel 7:658 BW ontleent zijn hedendaagse betekenis meer aan rechtspraak dan aan de wetstekst. Dit alleen al rechtvaardigt dat de wetgever het artikel eens zorgvuldig onder de loep neemt en herschrijft op een wijze die recht doet aan de moderne arbeidsomstandigheden, arbeidsrelaties en technische ontwikkelingen.

Ook overwegingen die ruim honderd jaar geleden vanzelfsprekend voorkwamen, zijn dat inmiddels niet meer of zijn zelfs in belangrijke mate van betekenis of belang gewijzigd. De veranderingen ten aanzien van de bewijslast en de bewijslastverdeling zijn daar een goed voorbeeld van. Andere begrippen, zoals de schuldaansprakelijkheid van de werkgever, staan onder sterke druk: onder meer door de inmiddels verwarrend nauwe relatie tussen het werkgeversaansprakelijkheidsrecht en het goed werkgeverschap wat tot een vergoedingsplicht kan leiden voor schade waarvan de werkgever geen schuld kan worden verweten. Dit geldt ook voor het onderscheid tussen ambtenaren en werknemers, waarvan de rechtvaardiging inmiddels ver te zoeken is. Het is begrijpelijk dat de wetgever van destijds dergelijke ontwikkelingen niet heeft – niet kon – voorzien, maar nu dat zij een feit zijn moeten zij ook als zodanig door de hedendaagse wetgever onder ogen worden gezien. Dit noopt tot bezinning en in het verlengde daarvan wellicht ook tot een codificatie van de inmiddels zeer omvangrijke jurisprudentie op het gebied van art. 7:658 BW.

4 Hoofdstuk 4: Belgisch recht

De historische ontwikkeling van het Belgische werkgeversaansprakelijkheidsrecht voor arbeidsongevallen en beroepsziekten verloopt vrijwel synchroon aan het Nederlandse. Ook hier waren de arbeidsomstandigheden als gevolg van de industriële revolutie net zo verschrikkelijk als in Nederland; ook hier kwam men tot het inzicht dat de politiek van economische laissez-faire de arbeiders geen zicht op maatschappelijke vooruitgang bood en het civiele recht hen geen bescherming of verhaal te bieden had. Indien er een verschil moet worden aangewezen, dan is het dat de vergelijkbare ontwikkelingen op het gebied van beschermende wetgeving wat eerder dan in Nederland plaats vonden.

Al vroeg in de tweede helft van de negentiende eeuw kwam de eerste wetgeving om kinder- en vrouwenarbeid te verbieden. In 1878 volgde een wet die het mogelijk maakte voor de arbeider om zijn werkgever strafrechtelijk aan te klagen voor het arbeidsongeval wat hem overkomen was en zich vervolgens als civiele partij bij dit proces te voegen om schadevergoeding te verkrijgen. Onder de maatschappelijke gelederen van de werkgevers genoot de mogelijkheid om op deze wijze publiekelijk te schande te worden gemaakt weinig populariteit. De oplossing voor het bereiken van een 'sociale vrede' werd gevonden in de Arbeidsongevallenwet van 1903, waarin een regeling werd vastgesteld voor de vergoeding van schade als gevolg van arbeidsongevallen. Deze wet brak rigoureus met het tot dan heersende principe van schuldaansprakelijkheid. Het nieuwe uitgangspunt was de aanvaarding van het professionele risico, inhoudende dat ongevallen inherent zijn aan het productieproces en ten laste van de onderneming behoren te komen. Wiens schuld het arbeidsongeval verder is, is vanuit die optiek irrelevant geworden. Deze wet introduceerde belangrijke veranderingen, zoals de afschaffing van de zware bewijslast van de werknemer om de schuld van de werkgever aan te tonen. Een aanvullende wet in 1903 regelde een schadevergoeding op forfaitaire basis die door 'arbeid' en 'kapitaal' gelijkelijk werd gedragen. Voortaan kreeg de gelaedeerde arbeider altijd 50% van zijn schade vergoed zonder verdere vragen; maar ook niet meer dan dat. De wet werd gefinancierd door een verplichte solidariteitsbijdrage van alle werkgevers. Langzamerhand werd deze wetgeving steeds verder uitgebreid en daarmee ook de hoogte van de schadevergoeding, de kring van gerechtigde arbeiders en de aard van de schadevergoeding zelf, door bijvoorbeeld ook schade tijdens woon-werkverkeer en psychisch letsel te omvatten.

Na de totstandkoming van de Arbeidsongevallenwet in 1903 werd op maatschappelijk niveau aangedrongen tot een vergelijkbare wet voor beroepsziekten.

Zo kwam in 1927 een wet tot stand voor de schadeloosstelling en preventie van beroepsziekten: de Beroepsziektenwet. Ook deze wet werd over de jaren steeds verder uitgebreid en nam zo geleidelijk aan betekenis toe. In 1990 werd het gesloten karakter van de bij de Beroepsziektenwet behorende beroepsziektelijst losgelaten zodat ook slachtoffers van een beroepsziekte die niet op de lijst staat vermeld, schadeloos kunnen worden gesteld mits zij erin slagen om aan te tonen dat hun ziekte het gevolg is van een 'rechtstreeks en determinerend' gevolg van de uitoefening van hun beroep.

In 1971 kwam het tot een unificatie en modernisering van de verscheidene wetten die inmiddels de werkgeversaansprakelijkheid regelden. Het resultaat hiervan was de Arbeidsongevallenwet, die nog tot de dag van vandaag van toepassing is. De Arbeidsongevallenwet heeft twee specifieke karakteristieken. Ten eerste heeft deze wet een dwingendrechtelijke verzekeringsplicht van de werkgever gecreëerd ten behoeve van de werknemer. Zo wordt een waarborg voor verhaal geboden aan de werknemer, onafhankelijk van de goede of kwade wil of de solvabiliteit van de werkgever. Ten tweede verleent de wet aan de werknemer een rechtstreeks vordering op de verzekeraar van de werkgever.

Vanuit een hedendaags perspectief lijkt de Arbeidsongevallen goed te voldoen aan de wensen van de Belgen. De wet voorziet in een gemakkelijke en snelle schadevergoeding voor letsel van de werknemer als gevolg van een arbeidsongeval. Discussie over de aansprakelijkheid van de werkgever is zeldzaam en beperkt zich dan doorgaans tot de beantwoording van de vraag of het schadeveroorzakende arbeidsongeval heeft plaatsgevonden in de loop van de uitvoering van de arbeidsovereenkomst of dat sprake is van een 'alledaags risico', hoewel dit laatste eveneens zelden wordt aanvaard. Zelfs de schade die de dronken werknemer lijdt op weg naar huis nadat hij met zijn collega's een verbroederend afzakkertje na het werk heeft genoten in een café geldt nog als zijnde plaatsgevonden in de loop van de uitvoering van de arbeidsovereenkomst. De verbroedering kan immers de sfeer op de werkplek ten goede komen en daarmee ook de werkgever. Een zeer vage interpretatie van een gezagsverhouding of -uitoefening kan al voldoende zijn om te aanvaarden dat een ongeval heeft plaatsgevonden in de loop van de uitvoering van de arbeidsovereenkomst, ook lijken de activiteiten van de werknemer ten tijde van het ongeval daar niet bepaald op.

De Arbeidsongevallenwet kent wel een compromis doordat de werknemer slechts een 'forfaitaire' schadevergoeding krijgt. Deze bedraagt wat minder dan wat hem door een civiele rechter zou worden toegekend; maar de immuniteit van de werkgever belet in de meeste gevallen een gang naar deze rechter.

Het is wel aan de werknemer om aan te tonen dat zijn schade is ontstaan ‘*in de loop van de uitvoering der arbeidsovereenkomst*’. Hiertoe moet hij aantonen dat hij 1) een arbeidsovereenkomst had ten tijde van het arbeidsongeval, dat hij 2) toen zijn werkzaamheden verrichten en dat 3) het ongeval te wijten is aan de uitvoering van het werk.

Indien hij erin slaagt om de eerste omstandigheid aan te tonen wordt ingevolge art. 7 lid 2 Arbeidsongevallenwet het tweede vereiste vermoed geschied te zijn, behoudens tegenbewijs door de verzekeraar.

Er zijn wel enkele beperkingen van de werkgeversaansprakelijkheid. Verreweg de belangrijkste daarvan is de civielrechtelijke immuniteit van de werkgever, wat is neergelegd in art. 46 Arbeidsongevallenwet. Hiermee wordt de ‘sociale rust’ op de werkvloer nagestreefd. Nog steeds wordt daar veel belang aan gehecht. De immuniteit van de werkgever kan echter onder omstandigheden vervallen. Dit doet zich met name voor bij verkeersongevallen, zowel in de uitoefening van de werkzaamheden als tijdens het woon-werkverkeer. De deelname aan het verkeer wordt namelijk niet gezien als een bedrijfsrisico. Ook hier hoeft de werknemer echter niet de schuld van de werkgever aan het verkeersongeval aan te tonen; alleen dat er een ongeval (‘plotselinge gebeurtenis’) is geweest terwijl hij een normale route aflegde. Verkeersongevallen die zich voordoen tijdens het woon-werkverkeer zijn namelijk ook arbeidsongevallen in de zin van de Arbeidsongevallenwet.

De opzet van de werknemer wordt in België zo mogelijk nog enger geïnterpreteerd dan in Nederland en wordt dan ook bijna nooit aangenomen. Ook verjaringskwesties doen zich slechts zeer zelden voor. Een vordering vanwege een arbeidsongeval verjaart pas nadat drie jaar verstreken zijn na de dag dat de arbeidsongeschiktheid vanwege het arbeidsongeval is aangevangen.

De Arbeidsongevallenwet vergoedt diverse schadeposten: de materiële schade die voortvloeit uit het letsel, de medische kosten en verplaatsingskosten. Ook kan de hulp van een derde kan onder voorwaarden worden vergoed indien deze bijstand het voor de werknemer mogelijk maakt om aan het maatschappelijk verkeer te blijven deelnemen. Smartengeld (‘morele schade’) wordt niet vergoed.

Bij tijdelijke arbeidsongeschiktheid kan de werknemer aanspraak maken op een vergoeding van 90% van zijn gemiddelde dagloon, wat 1/365^{ste} is van zijn jaarlijkse basisloon. Er geldt wel een forfaitaire plafond van € 36.809,73 per 1 januari 2009. Indien de werknemer voor zijn ongeval meer verdiende dan dit forfaitaire plafond, is het aan hem om zelf voorzieningen te treffen

ten aanzien van het meerdere, bijvoorbeeld door zelf een aanvullende verzekering af te sluiten. Bij permanente arbeidsongeschiktheid ontvangt hij een vergoeding ('toelage') die neerkomt op zijn basisloon (tot het forfaitaire plafond) vermenigvuldigt met het percentage van zijn vastgestelde arbeidsongeschiktheid.

Het toezicht op de naleving van de Arbeidsongevallenwet wordt uitgeoefend door het Fonds voor Arbeidsongevallen (FAO), wat in 1967 is opgericht. Deze overheidsinstelling heeft diverse taken waaronder het controleren dat werkgevers hun verzekerings- en aangifteplicht van arbeidsongevallen naleven. Ook fungeert het Fonds als waarborgfonds voor werknemers wier werkgever het niet zo nauw genomen heeft met zijn verzekeringsplicht en vergaart het statistieke informatie ten aanzien van arbeidsongevallen.

De Beroepsziektenwet is in hoofdlijnen afgestemd op de Arbeidsongevallenwet en vertoont daarmee veel overeenkomsten, zoals een wettelijke verzekeringsplicht en civielrechtelijke immuniteit van de werkgever en forfaitaire uitkeringen. De bewijslast is echter wat anders geregeld, hoewel ook hier de werknemer geen schuld of fout van de werkgever behoeft aan te tonen. Indien zijn ziekte voorkomt op de officiële lijst van wettelijk erkende beroepsziekten, behoeft hij slechts aan te tonen dat hij de betreffende ziekte heeft en dat hij tijdens zijn arbeid is blootgesteld aan stoffen of omstandigheden die deze ziekte kunnen veroorzaken ('beroepsrisico'). Het causaal verband tussen de ziekte en de werkzaamheden wordt dan geacht 'onweerlegbaar' te zijn. Staat zijn ziekte niet op de beroepsziektenlijst, dan dient hij aan te tonen dat hij een specifieke ziekte heeft en dat deze het gevolg is van een 'rechtstreeks en determinerend' causaal verband met zijn werkzaamheden. Zeker voor vage klachten of klachten die veel mogelijke oorzaken kunnen hebben (denk aan rugklachten) kan dit een zware bewijslast opleveren.

Het Belgische recht kent geen verjaring van beroepsziekten. Zolang de werknemer zijn aanvraag voor een uitkering vanwege een beroepsziekte indient terwijl hij symptomen van die ziekte heeft of arbeidsongeschikt is vanwege de ziekte, is hij op tijd. Heeft hij geen symptomen of is hij niet arbeidsongeschikt, dan komt hem geen uitkering toe, zodat de verjaringskwestie niet in zicht komt. De ons zo vertrouwde verjaringsperikelen ten aanzien van sluipende beroepsziekten doen zich in België derhalve niet voor.

In geval van tijdelijke arbeidsongeschiktheid als gevolg van een beroepsziekte ontvangt de werknemer 90% van zijn gemiddeld dagloon, net zoals bij een arbeidsongeval. Bij blijvende arbeidsongeschiktheid ontvangt hij een uitkering die gerelateerd is aan het percentage van zijn arbeidsongeschiktheid;

maar ook dit bedrag is gebonden aan het forfaitair plafond van € 36.809,73 per 1 januari 2009.

De naleving van de Beroepsziektenwet wordt gecontroleerd door het Fonds voor de Beroepsziekten (FBZ). Het FBZ draagt verantwoordelijkheid voor onder meer het verstrekken van de uitkeringen, het landelijk preventiebeleid en fungeert ook als landelijke vraagbaak en studiecentrum inzake beroepsziekten.

5 Hoofdstuk 5: Engels recht

Het Engelse werkgeversaansprakelijkheidsrecht vindt, net als voor België en Nederland geldt, zijn oorsprong in de arbeidsomstandigheden die het gevolg waren van de industriële revolutie. Ook hier was de kans van de arbeider om zijn schade als gevolg van een arbeidsongeval of een beroepsziekte te verhalen op de werkgever van verwaarloosbare betekenis en belette de heersende economische theorie van laissez-faire gedurende lange tijd daadkrachtig wettelijk ingrijpen om zijn positie te verbeteren. Indien Engeland zich ergens in onderscheidt ten opzichte van de andere twee landen, dan is het dat de industriële revolutie hier eerder begon en de houding van de Engelse werkgevers van destijds zich leek te karakteriseren door een zo buitengewone hardheid ten opzichte van het lot van hun personeel dat dit tegenwoordig slechts verbazing kan wekken. Ook tegenwoordig is de invloed van werkgevers op veiligheidswetgeving nog opmerkelijk groot.

Pas tegen het einde van de negentiende eeuw werden de eerste wetten ingevoerd om verbetering te brengen in de veiligheid van de arbeider en hem enig verhaalsrecht te bieden ten aanzien van een arbeidsongeval: de Employers' Liability Act, de Workmen's Compensation Act en de Factories Act. Met name de Factories Act, die vele wettelijke veiligheidsnormen vaststelde, maakte het mogelijk om de aansprakelijkheid van de werkgever te bewijzen door aan te tonen dat hij een bepaling van de Factories Act had geschonden. Veel soelaas bood dit overigens niet, omdat de rechtspraak een breed scala van kwestieuze doctrines kende om toch de toewijzing van de aansprakelijkheid van de werkgever te voorkomen. Pas tegen het einde van de Eerste Wereldoorlog werd met de invoering van de Law Reform (Personal Injuries) Act de belangrijkste van deze verweren van de werkgever afgeschaft.

In 1972 werd, onder zware druk van de vakbonden, een poging gedaan om de heel versplinterde en ineffectieve wetgeving over arbeidsomstandigheden te moderniseren. Veel effect heeft dit echter niet gehad: de conclusie van deze

inspanningen was dat er *te veel* wetgeving bestond en daar maar stevig het mes in moest worden gezet. Dit paste ook in het stramien van de Engelse werkgevers, vertegenwoordigd in de Confederation of British Industry (CBI), die grote voorstanders waren van deregulering en zelfregulering. Onder het beleid van de Engelse premiers Thatcher en Major, waarin de vakbonden sterk aan invloed verloren, deed de overheid zijn best om de wetgeving te minimaliseren en werden vele wettelijke regelingen op het gebied van veiligheid en gezondheid op de werkplek afgeschaft of werd aan werkgevers zelfs een algehele vrijstelling van de naleving daarvan verstrekt. Ook internationale verdragen op dit vlak worden bewust op de meest marginaal mogelijke wijze nageleefd. Het is niet overdreven om te stellen dat ook heden ten dage werkgevers in Engeland het geheel voor het zeggen hebben wanneer het aankomt op de veiligheid van de werkplek; en dat zij iedere inbreuk op hun zeggenschap fel bestrijden. Deze houding wordt gedeeld door de verzekeraars van de werkgeversaansprakelijkheid, die publiekelijk streven naar een herziening van het werkgeversaansprakelijkheidsrecht om zo het aantal uitkeringen terug te dringen.

Naar positief recht kan het Engels recht ten aanzien van arbeidsongevallen en beroepsziekten worden ingedeeld in drie delen: de sociale zekerheid, gewoonterecht ('common law') en specifieke wetgeving ('statutory law'). De sociale zekerheid bestaat met name uit de mammoetwet 'Social Security Contributions and Benefits Act 1992', waarin vele andere sociaalzekerheidsrechtelijke wetten zijn opgenomen, zoals de 'Social Security Administration Act 1992' en het Industrial Injuries Scheme. De 'common law' bestaat met name uit jurisprudentie, gewoonte, algemene kennis etc. en centreert zich rond het beginsel van onrechtmatige daad ('tort'). Het is naar zijn aard wat vaag en voor eigentijdse of individuele interpretatie vatbaar. De wettelijke verplichtingen van de werkgever zijn neergelegd in een verscheidenheid van regelgeving, waarvan de 'Employer's Liability (Defective Equipment) Act 1969', de 'Factories Act 1961' en met name de 'Health and Safety at Work 1974' (HSWA) de belangrijkste zijn. Heel in het algemeen kan worden gezegd dat de werknemer ten aanzien van argumenten ontleend aan 'common law' de gehele bewijslast draagt en dat ten aanzien van 'statutory law' hij slechts zijn schade en de schending van de regeling behoeft aan te tonen.

De zorgplicht van de werkgever wordt bepaald door de 'duty of care'. Inhoudelijk is deze te vergelijken met art. 7:658 lid 1 BW en is eveneens gebaseerd op schuldaansprakelijkheid. De 'duty of care' wordt in belangrijke mate bepaald door hoe een redelijk handelende werkgever onder vergelijkbare omstandigheden zou handelen. Dit gaat echter in vele opzichten minder dan ver dan wat van een Nederlandse werkgever mag worden verwacht, zoals ten aanzien

van de onderzoeksplicht, inventarisatie en evaluatie, veiligheidsmaatregelen etc. Bij een kleine werkgever wordt de zorgvuldigheidslat lager gelegd dan bij een grote werkgever.¹

Anders dan in Nederland wordt echter meer verantwoordelijkheid verwacht van de werknemer, zo kan een arbeidsongeval als gevolg van onoplettendheid of een andere vorm van schuld van de werknemer ertoe leiden dat de schade proportioneel tussen de werknemer en de werkgever wordt verdeeld. Hoewel het Engelse recht ook het gewenningsrisico kent, lijkt deze eerder tegen de belangen van de werknemer te werken dan vóór hem.

Alle vormen van schade komen in een civiele procedure voor vergoeding in aanmerking.

Ook in Engeland geldt een wettelijke verzekeringsplicht van de werkgever om zich te verzekeren tegen de aansprakelijkheid vanwege arbeidsongevallen en beroepsziekten: de Employers' Liability (Compulsory Insurance) Act 1998 (EL). In de praktijk geeft dit veel problemen. Zo is er geen specifieke controle op de naleving van deze wet; schending leidt hooguit tot strafrechtelijke vervolging. Ook is er geen enkele vangnetmaatregel. De Engelse werkgever is niet verplicht om de werknemer mee te delen wie zijn aansprakelijkheidsverzekeraar is of zelfs met hem in discussie te gaan totdat zijn aansprakelijkheid vaststaat. Dit kan ertoe leiden dat de werknemer jarenlang moet procederen om erkenning van de aansprakelijkheid te bereiken, om er vervolgens achter te komen dat de verzekeringspolis waardeloos of onvindbaar is of – zoals veel asbestslachtoffers overkomt – niet door de verzekeraar wordt gehonoreerd met een beroep op een zeer wisselende koers van de asbestaansprakelijkheidsjurisprudentie. Het Engelse systeem laat vooral zien, hoe de wettelijke verzekeringsplicht van de werkgever níet moet worden geregeld.

Het slachtoffer van een arbeidsongeval of een beroepsziekte kan op grond van het Industrial Injury Scheme aanspraak maken op een sociaalzekerheidsrechtelijke uitkering voor Industrial Injuries Disablement Benefit (accidents) IIB) of (respectievelijk) de Industrial Injuries Disablement Benefit (diseases and deafness) (IIDB). In beide gevallen moet sprake zijn van tenminste 14% functieverlies, ongeacht of ook sprake is van inkomensverlies. De uitkeringen liggen per 1 januari 2009 tussen de £ 27,36 (€ 31,52) per week voor 20% functieverlies en £ 136,80 (€ 157,59) per week voor 100% functieverlies.

¹ Cotter & Bennet 2006, p. 69 e.v. met verwijzing naar Koonjul v. Thameslink Healthcare Services [2000] PIQR P 123.

Ook kan een arbeidsongeschikte werknemer aanspraak maken op ziekengeld ('statutory sick pay benefit') van £ 79,15 (€ 91,18) per week per 1 juli 2009, ongeacht de eigen loonhoogte. Indien de werknemer na 28 weken nog steeds arbeidsongeschikt is, ontvangt hij een gelijk bedrag op grond van 'incapacity benefit' wat echter (pas dan) gecombineerd kan worden met andere uitkeringen. Na 52 weken arbeidsongeschiktheid kan de werknemer tot aan zijn pensioengerechtigde leeftijd (of totdat hij niet meer arbeidsongeschikt is; wat het eerste komt) aanspraak maken op de 'long-term incapacity benefit' van £ 89,80 (€ 103,45) per week per 1 juli 2009. Let wel: alleen geheel arbeidsongeschikte werknemers kunnen 'long-term incapacity benefit' ontvangen; in die zin is het alles of niets.

In voorkomende gevallen kan de werknemer een aanvulling ('occupational sick pay scheme') op deze uitkeringen ontvangen van zijn werkgever. Maar dat is geheel op vrijwillige basis en een kwestie van onderhandelen tussen de werkgever en de werknemer, er is geen wettelijke regeling die de werkgever verplicht dit aan te bieden of bepaalt welke voorwaarden hij daar wel of niet aan mag verbinden. In de praktijk krijgt minder dan de helft van de werknemers zo'n aanvulling; met name de werknemers van kleinere werkgevers vallen hier buiten de boot. Ook een door de werkgever af te sluiten gezondheidsverzekering ('permanent health insurance' (PHI)) ten gunste van de werknemer behoort tot de mogelijkheden, maar dit is erg branchegevoelig en komt eigenlijk alleen voor in de beter betaalde beroepen.

De verjaringstermijn van vorderingen tot schadevergoeding wegens arbeidsongevallen en beroepsziekten bedraagt in beginsel drie jaar na het ontstaan van de schadeveroorzakende gebeurtenis, hoewel in geval van beroepsziekten wel wordt uitgegaan van het moment dat de schade zich realiseert of de werknemer kan weten van het bestaan van een vorderingsrecht. Het Engelse recht wordt op dit punt veel beïnvloed door de ontwikkelingen in de asbest-jurisprudentie.

6 Hoofdstuk 6: Ontwikkelingen, verplichtingen en keuzes

6.1 Inleiding

In dit hoofdstuk komen vanuit een breed scala van maatschappelijke en juridische ontwikkelingen en historische en rechtsvergelijkende perspectieven en achtergronden diverse knelpunten aan de orde die in relatie staan tot de uitdijende werkgeversaansprakelijkheid voor arbeidsongevallen en beroepsziekten. Ook de voorgaande hoofdstukken worden hierin betrokken om zo te

komen tot vragen en antwoorden over fundamentele kwesties die het werkgeversaansprakelijkheid raken. Ten aanzien van sommige van deze kwesties bestaat ruimte voor de wetgever om een eigen keuze te maken. Die vrijheid is echter niet overal aanwezig, met name niet waar sprake is van een verdragsrechtelijk conflict.

6.2 *De uitdijende werkgeversaansprakelijkheid*

Zoals arresten als *Reclasseringsmedewerker*, *Vonk/Van der Hoeven* en *De Bont/Oudenallen* demonstreren, is de aard van het 'klassieke' arbeidsongeval geëvolueerd, buiten de werkplek en de directe invloedssfeer van de werkgever getreden. Hierdoor sluiten klassieke leerstukken als bijvoorbeeld zeggenschap en schuld niet goed meer aan bij de moderne realiteit van een arbeidsongeval. Ook de steeds ruimere opvattingen over wat werkzaamheden betreffen (denk aan vrijwillig verplichte bedrijfsuitjes, woon-werkverkeer van bouwvakkers, etc.) en de vervagende grenzen tussen de arbeidssfeer en de privésfeer enerzijds en tussen de werkgeversaansprakelijkheid en het goed werkgeverschap anderzijds zijn hier debet aan. Het werkgeversaansprakelijkheidsrecht is nog lang niet uitgekristalliseerd, zeker niet wat beroepsziekten betreft.

Eigenlijk is het verbazingwekkend dat de aansprakelijkheid van de werkgever voor arbeidsongevallen en beroepsziekten nog steeds in hetzelfde wetsartikel is geregeld. De specifieke eigenschappen van beroepsziekten brengen, zoals wij hebben gezien, heel andere juridische problemen met zich dan arbeidsongevallen. Het zou voor de hand liggen om deze twee aansprakelijkheden in gescheiden artikelen of tenminste gescheiden leden onder te brengen. Wat dit betreft zijn de pogingen van de rechterlijke om dezelfde leerstukken ten aanzien van zowel arbeidsongevallen als beroepsziekten toe te passen prijzenswaardig op het niveau van de individuele uitspraak, maar is het veelvuldige kunst- en vliegwerk niet bevorderlijk voor een consistent werkgeversaansprakelijkheidsrecht.

Zo geven de uitspraken over verkeersongevallen van de werknemer in de reeks van arresten die begon met *Vonk Montage/Van der Hoeven* en is doorgetrokken in *Akzo/Nobel* en *X/Autop Roermond* aan dat het compensatiebelang van de werknemer c.q. de door de rechterlijke macht aangenomen verzekeringsplicht van de werkgever bij arbeidsgerelateerd letsel hoger wordt aangeslagen dan de afwezigheid van enige verwijtbaarheid van de werkgever. De grondslag van diens schadevergoedingsplicht wordt thans gezocht in vage termen als 'de aard van de arbeidsovereenkomst', 'de omstandigheden', de redelijkheid en billijkheid en het goed werkgeverschap, terwijl nog maar weinig waarde wordt toegekend aan de praktische onmogelijkheid voor de

werkgever om enige zeggenschap, controle of toezicht uit de oefenen op de ambulante werknemer in het verkeer. Wellicht is dit een uitvloeisel van de sociaaleconomische positie van de werkgever ten opzichte van de werknemer (vgl. het Reclasseringsmedewerker-arrest). De werkgever is immers de partij die financieel gezien de breedste schouders heeft, het onderling voor het zeggen heeft, de concrete invulling van de arbeidsomstandigheden bepaalt en uiteindelijk vanuit een winststreven het risico heeft gekozen wat niet hijzelf, maar een ander, namelijk de werknemer, aan den lijve riskeert. Vanuit een dergelijke visie kan het redelijk en billijk zijn om de juridische en financiële consequenties van door de werkgever gekozen en aanvaarde risico's in zijn risicosfeer te plaatsen. In dit licht verdient de herinvoering van het risique professionel zeker de aandacht van de wetgever.

Wat daarvan zij, deze reeks arresten heeft een ernstige verwijding doen ontstaan tussen de strekking van art. 7:658 BW en de daarvan afgeleide jurisprudentie en tevens van de afbakening tussen schuld- en risicoaansprakelijkheid een wel heel theoretische grens gemaakt. In dit licht is het interessant dat de wetgever al in 1997 het wetsvoorstel Verkeersongevallen had ingediend, waarin de invoering van een verzekeringsplicht van de werkgever in combinatie met risicoaansprakelijkheid van werknemers in het verkeer werd voorgesteld. Hartlief wierp daarop het bezwaar op dat niet goed was te zien waarom deze bescherming alleen aan gemotoriseerde werknemers in het verkeer zou toekomen en niet ook aan andere werknemers die te voet of te fiets zijn. Inmiddels lijken zowel de strekking van dit wetsvoorstel als het bezwaar van Hartlief ingehaald te zijn door uitspraken van de Hoge Raad inzake St. Maatzorg De Werven/De Graaf, Maasman/Akzo Nobel, Kooiker/Taxicentrale Nijverdal en X/Autop Roermond. Deze ontwikkelingen geven aanleiding tot de vraag of de wettelijke invoering van risicoaansprakelijkheid van de werkgever eigenlijk niet al (ver) over tijd is. Zij is nu toch al, zij het op gezag van de rechter, een gerealiseerd feit geworden. Bovendien valt evenmin goed in te zien waarom de werknemers in het verkeer een betere verhaalspositie zouden genieten dan de werknemers in het traditionele lokaal. Kortom: het wordt tijd dat de wetgever de stoel inneemt die hier door de rechterlijke macht is bezet en zich bezint over de invoering van risicoaansprakelijkheid en een wettelijke verzekeringsplicht van de werkgever.

In dit licht speelt ook mee dat er nog andere actoren zijn dan werkgevers en werknemers; ook de belangen van verzekeraars zijn hier van belang. Juist voor hen, op wie de financiële schade uiteindelijk voor het grootste deel wordt afgewenteld, is een geactualiseerd, gemoderniseerd werkgeversaansprakelijkheidsrecht van groot belang teneinde hun risico's te kunnen inschatten en dekken. Met hun belang is gelijktijdig ook een maatschappelijk belang

gediend, want het zou de Nederlandse maatschappij niet ten goede komen noch sieren wanneer verzekeraars ‘moeilijke’ arbeidsrisico's, zoals beroepsziekten, verkeersongevallen en psychisch letsel zouden uitsluiten van dekking. Ook hier speelt, opnieuw, het belang dat de overheid zich deze materie aantrekt en daarop toeziet. Verzekeraars zijn hierin niet geheel afwachtend geweest; zo hebben zij op grote schaal rond de laatste eeuwwisseling de toenmalig gebruikelijke loss occurrence polis vervangen door een polis op claims made-basis, teneinde de door hen verzekerde risico's beter te kunnen beheersen.

Werkgevers en verzekeraars hebben het overigens niet gemakkelijk ten aanzien van het werkgeversaansprakelijkheidsrecht. Zo is de rechterlijke macht sterk genegen om causale onzekerheden, bij voorbeeld ten aanzien van de feitelijke toedracht van een arbeidsongeval af te wentelen op de werkgever c.q. diens verzekeraar. Met name ten aanzien van beroepsziekten worden werkgevers en verzekeraars geconfronteerd met diverse juridische problemen. Wanneer de mogelijkheid bestaat dat de schade van de werknemer niet uitsluitend in de uitoefening van zijn werkzaamheden maar ook geheel of gedeeltelijk in diens privésfeer zou kunnen zijn ontstaan, wordt de werkgever c.q. verzekeraar belast met een proportionele schadevergoedingsplicht. Indien de oorzaak van een beroepsziekte, bijvoorbeeld mesotheliom, zowel bij de aangesproken werkgever als bij andere, voorgaande werkgevers kan zijn veroorzaakt of ook bij andere werkgevers sprake is geweest van substantiële blootstelling aan asbest, is toch de aangesproken werkgever voor het geheel aansprakelijk. Dit geldt ook indien sprake is van een ‘nieuw’ beroepsziekerisico dat ten tijde van het sluiten van de arbeidsovereenkomst of de aansprakelijkheidsverzekering nog niet tot aansprakelijkheid zou hebben geleid, toen nog niet bekend was of waarvan nog geen wetenschappelijk aangetoond verband bestond met de uitvoering van de werkzaamheden.

Vanuit hun perspectief helpt het ook niet dat de grenzen tussen aansprakelijkheid op grond van de zorgplicht ex art. 7:658 BW en op grond van het goed werkgeverschap ex art. 7:611 BW steeds vager worden en moeilijker aan te geven en in te schatten zijn. Dit leidt bijvoorbeeld in geval van arbeidsgereleerde verkeersongevallen tot toewijzing van vorderingen tot schadevergoeding vanwege het niet afgesloten hebben van een behoorlijke verzekering ten behoeve van de werknemer, hoewel geen enkele wettelijke regeling hiertoe vooralsnog verplicht. Het is dan ook geheel begrijpelijk dat zowel werkgevers als verzekeraars graag vooraf willen weten waar zij aan toe zijn. Ook dit rechtvaardigt een ingreep van de wetgever om te verduidelijken waar de grenzen van het werkgeversaansprakelijkheidsrecht liggen.

Vanuit het perspectief van de werknemer komt dit beschermend optreden van de rechter echter voor als een gunstige ontwikkeling. Immers, wanneer de werknemer schade ondervindt door de verwezenlijking van een risico wat direct voortvloeit uit de uitvoering van de arbeidsovereenkomst of tenminste nauw samenhangt met de aard van de contractuele werkzaamheden, komt het voor als redelijk en billijk dat de werkgever de kosten van dit door hem in het leven geroepen risico vergoed. Op welke grondslag dat precies gebeurt, zal de werknemer verder weinig uitmaken. Zijn voornaamste zorg is – afgezien nog van het herstellen van een arbeidsongeval of een beroepsziekte – dat hij het financiële gat weet te dichten waartoe de door de sociale zekerheid geboden inkomensbescherming geen soelaas biedt. In gevallen van ernstige financiële schade – en deze loopt doorgaans op naarmate ook de fysieke of psychische schade ernstiger is – blijft hem weinig keus over dan ofwel deze schade zelf te dragen ofwel deze te verhalen op zijn werkgever. Zeker bij ernstig letsel dwingt de verschraling van de sociale zekerheid (met name de WIA) hem welhaast tot het laatste. Op zich is daar niets mis mee in zoverre als het de schade verplaatst naar degene die haar heeft veroorzaakt. Maar zoals iedere arbeidsslachtoffer of letselschadeadvocaat uit ervaring kan vertellen, is het aansprakelijk stellen van de werkgever of zelfs tegen hem procederen een ervaring die financieel en emotioneel zo belastend kan zijn dat menig slachtoffer die liever uit de weg gaat.

De uitdijende werkgeversaansprakelijkheid wordt echter niet alleen veroorzaakt door juridische factoren. Ook maatschappelijke en wetenschappelijk factoren zijn hieraan mogelijk debet. Althans, de Minister van Justitie vond het in 1999 nodig om een brandbrief te schrijven aan de Tweede Kamer om haar te wijzen op de urgentie om de ‘claimcultuur’ en de ‘Amerikaanse toestanden’ de kop in te drukken. Van een daadwerkelijke groei van claims of van een claimcultuur blijkt echter weinig of niets; en ook de Minister heeft dit niet cijfermatig weten te onderbouwen. Zelfs al zou hier sprake van zijn, dan zou dit slechts de schade verplaatsen naar de daarvoor aansprakelijke partij, waar weinig bezwaarlijks in te zien valt. Wat de Minister echter niet heeft aangegeven, is dat een mogelijke toename van claims vermoedelijk vooral zal worden veroorzaakt door een dringende compensatiebehoefte als gevolg van de afkalvende sociale zekerheid waardoor de exedentschade van het slachtoffer relatief is gestegen. Wanneer (een toename van) claims als een bezwaar wordt gezien, ligt een redelijke remedie dan ook meer in de lijn van een wettelijke tegemoetkoming aan die compensatiebehoefte.

Wetenschappelijke factoren zijn wél een heel reële factor waar werkgevers en verzekeraars rekening mee dienen te houden bij het bepalen van hun reserves. De ongelooflijke vaart waarin de technische en medische wetenschappen

in de laatste decennia vooruit zijn gegaan, maakt het de werknemer steeds gemakkelijk om te begrijpen en ook aan te tonen dat er een causaal verband bestaat zijn gezondheidsklachten en zijn arbeidsomstandigheden. Dit kan derhalve wel degelijk een toename van claims veroorzaken.

Al met al dienen stellingen over de toename van de groei van vorderingen tot vergoeding van schade van arbeidsongevallen en beroepsziekten en de aantallen, stijgingen en dalingen van arbeidsongevallen en beroepsziekten met ruime scepsis te worden gezien. De rapportages en statistische voorzieningen zijn op dit gebied in Nederland zo beperkt en dubieus dat over deze onderwerpen nauwelijks een zinnig woord te schrijven is.

6.3 *Naar een nieuwe regeling*

In het voorgaande zijn reeds enkele kwesties aan de orde gekomen die kunnen profiteren van de aandacht van de wetgever: bijvoorbeeld de terminologie van art. 7:658 BW en het principe van schuldaansprakelijkheid wat aan dit artikel ten grondslag ligt. De attentie van de wetgever is echter ook wenselijk ten aanzien van een hoger wetgevingsniveau: het verdragsrecht. Een toetsing van de WIA vanuit het gezichtspunt van een slachtoffer van een arbeidsongeval of een beroepsziekte aan IAO-verdrag 121 leidt namelijk tot de conclusie dat diverse ingrijpende veranderingen in de WIA door de wetgever noodzakelijk dan wel wenselijk zijn.

In tegenstelling tot vrijwel geheel Europa is de sociale zekerheid in Nederland niet gegrondvest op het beginsel van *risque professionnel*, maar op het beginsel van *risque social*. De oorzaak hiervoor ligt in onze trauma's uit de Tweede Wereldoorlog en de daaruit voortkomende wens om eenieder die arbeidsongeschikt is inkomenszekerheid te bieden, ongeacht het antwoord op de vraag of die arbeidsongeschiktheid is veroorzaakt als gevolg van de uitvoering van de werkzaamheden of dat de oorzaak in de privé sfeer moet worden gezocht. Tegenwoordig zijn die maatschappelijke trauma's echter al lang achter de rug en vormen nog slechts de grondslag voor geschiedenislessen voor de huidige generatie.

Kortom, na ruim veertig jaar lijkt de tijd rijp om die politieke keuze uit 1967 eens te toetsen aan de *hedendaagse* omstandigheden en tijdsgevoel, gelet op de toenemende mate waarin de sociale zekerheid in de laatste decennia is teruggeschoefd, de werknemer steeds meer op zijn eigen verantwoordelijkheid wordt aangekeken en de werkgever in zware economische omstandigheden de kosten moet dragen van de privéongevallen van de werknemer.

Maar wat blijkt? In 1967 *had* de Nederlandse wetgever helemaal niet de vrijheid om te kiezen voor een sociaalzekerheidssysteem op basis van *risque social*. IAO-verdrag 121, wat door Nederland in 1966 is geratificeerd, bepaalt in art. 12 dat de arbeidsgeschiedte werknemer recht heeft op een beroepsrisicogerelateerde uitkering; dit is niets anders dan verdragrechtelijk taalgebruik voor een hoge uitkering op basis van *risque professionnel*.

Deze discrepantie is de Nederlandse overheid overigens bekend. Zo blijkt uit de ambtelijke nota 'Internationale bestendigheid arbeidsgeschiedtheidsregelingen' van 20 mei 2003, wat door ambtenaren van het ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid is opgesteld na overleg met de Geneefse ambtenaren, duidelijk dat op grond van dit verdrag de WIA niet kan worden ingevoerd zonder een aparte, aanvullende regeling voor het *risque professionnel*.² In de nota is deze 'noodzakelijke' regeling concreet omschreven als een verplichte directe werkgeversverzekering: de Extra Garantieregeling Beroepsrisico's (EGB).

In navolging van deze nota adviseerde de Commissie Donner onder meer een verzekeringsplicht van de werkgever, een rechtstreekse aanspraak van de arbeidsgeschiedte werknemer op de verzekeraar, de erkenning van *risque professionnel* voor arbeidsongevallen, beroepsziekten en arbeidsgeschiedte verkeersongevallen.

De SER heeft echter een stokje gestoken voor de invoering van een *risque professionnel* in de Nederlandse sociale zekerheid. Het terzijde schuiven van de ambtelijke nota, wat toch gebaseerd was op het advies van IAO-deskundigen, lijkt de SER verbazingwekkend gemakkelijk te zijn afgegaan. Er werd in essentie eenvoudigweg gesteld dat de noodzaak om te conformeren naar de verplichtingen van IAO-verdrag 121 er maar van afhing "welk gewicht men toekent" aan de betreffende onderdelen van het IAO-Verdrag, waarna de conclusie volgde dat de (erkende) strijdigheid toch 'onvoldoende' was om de invoering van een aparte regeling voor het beroepsrisico te vergen.³ Daarmee is de EGB in een ambtelijke bureaulade verdwenen.

Het advies van de SER lijkt echter in ernstige mate betwistbaar, nu de WIA op een tiental punten duidelijk in strijd is met de geest of de letter van belang-

2 Ongedateerde bijlage 'Adviesaanvraag met betrekking tot de Extra Garantieregeling Beroepsrisico's', p. 2, van de ambtelijke nota 'Internationale bestendigheid arbeidsgeschiedtheidsregelingen' van 20 mei 2003. Deze nota vormt op haar beurt een bijlage van een brief van Minister De Geus aan de Voorzitter van de Tweede Kamer van 18 december 2003, betreffende de SER-adviesaanvraag WAO.

3 SER 2004, p. 103.

rijke bepalingen van IAO-verdrag 121. Ik zal hier korthedshalve volstaan met het noemen van enkele van deze punten. Zo voldoet de loongerelateerde WGA-uitkering niet aan de IAO-norm van 60% van het referteloon: zodra de verrekening tussen de uitkering en de door arbeid verworven inkomsten de eerste 60% van het referteloon aantast, is de daardoor verkregen uitkeringshoogte in strijd met art. 19 van het verdrag. Het is duidelijk dat dit het geval is wanneer een werknemer er niet in slaagt om tenminste de helft van zijn looncapaciteit te benutten en zo tot bijstandsniveau afzakt – dit is wat moeilijk te bevatten in het licht van het feit dat IAO-verdrag 121 hem een inkomenszekerheid van tenminste 70% garandeert. Voorts biedt art. 22 van het verdrag een limitatieve opsomming van de eisen die nationale overheden mogen stellen om een uitkering te beperken of op te schorten. Een sollicitatieplicht staat daar niet bij vermeld, laat staan het niet voldoen aan het daadwerkelijk benutten van de helft van de looncapaciteit. Ook de door de WIA gestelde eisen ten aanzien van de duur van het arbeidsverleden, de referte-eis in relatie tot de WW, de inkomenstoets en de partnertoets zijn strijdig met bepalingen van IAO-verdrag 121. Art. 9 lid 2 IAO-verdrag 121 verbiedt zelfs expliciet om referte-eisen te stellen, want de sociaalzekerheidsrechtelijke prestaties waartoe het verdrag de lidstaten verplicht mogen niet afhankelijk worden gesteld van bijvoorbeeld het arbeidsverleden; een werknemer zou wel op zijn eerste werkdag al het slachtoffer kunnen worden van een ernstig arbeidsongeval en dan verstoken blijven van de inkomensbescherming waartoe hij op grond van het verdrag recht heeft. Op grond van art. 9 lid 3 van het verdrag wat bepaalt dat de arbeidsongeschiktheidsuitkering even lang duurt als de arbeidsongeschiktheid, kunnen grote vraagtekens worden gezet bij de Nederlandse praktijk om blijvend arbeidsongeschikte werknemers af te schuiven naar de WW en de bijstandswet, wat regelingen zijn die niets met arbeidsongeschiktheid te maken hebben. De IAO-amtenaren hebben hun Nederlandse collega's er expliciet op gewezen dat een loondoorbetalingsplicht van twee jaar eveneens in strijd is met het verdrag, nu dit inkomensbescherming biedt zodra waarschijnlijk is geworden dat het verlies van een deel of het geheel van de verdien capaciteit permanent zal zijn; een wachttijd van twee jaar is daar niet mee te verenigen. Werknemers die het slachtoffer zijn geworden van een arbeidsgerelateerd verkeersongeval ('commuting accident') hebben in ieder opzicht dezelfde IAO-aanspraken als het slachtoffer van een klassiek arbeidsongeval. Nederland is op grond van art. 8 IAO-verdrag 121 verplicht een lijst van erkende beroepsziekten te hebben, wat slachtoffers van beroepsziekten veel bewijsrechtelijke problemen zou kunnen schelen; maar wij hebben die niet. Enzovoorts, enzovoorts... Zelfs de wettelijk verplichte eigen Zorgwetbijdrage van het slachtoffer van een arbeidsongeval of een beroepsziekte is

strijdig met art. 9 lid 2 IAO-verdrag 121, waaraan reeds door de Centrale Raad van Beroep directe werking is toegekend.⁴ Maar zoals ook het geval is geweest met de deskundigheid van de ambtenaren van het IAO en het Ministerie van SZW, heeft de overheid ook dit gezaghebbende arrest tot op heden genegeerd. Goedbeschouwd lijken er relatief weinig aspecten van de WIA over te blijven die niet in strijd zijn met het verdrag.

Ik concludeer dat de WIA in zoveel essentiële aspecten afwijkt van de verplichtingen die door IAO-verdrag 121 worden opgelegd, dat de WIA een toetsing aan dit verdrag niet kan doorstaan. Wanneer men beschouwt dat de financiële niveaus van het verdrag zodanig laag gekozen zijn dat deze ook voor minder ontwikkelde landen haalbaar zijn, is het toch wel triest dat een 'voortrekkersland' als Nederland deze niet haalt.

Kortom: op grond van het principe 'pacta servanda sunt' bestaat er een verdragsrechtelijke noodzaak tot de invoering van de EGB. Daarmee is ook de centrale vraag van deze dissertatie in negatieve zin beantwoord, namelijk of Nederland er in 1967 goed aan heeft gedaan om over te stappen van een sociaalzekerheidsstelsel gebaseerd op risque professionnel naar een systeem gefundeerd op risque social.

6.4 Essentiële keuzes

Een bezinning op een modernisering van het werkgeversaansprakelijkheidsrecht brengt diverse gerelateerde onderwerpen onder de aandacht.

Zo is in het voorgaande al aan de orde geweest dat de hedendaagse problemen met het werkgeversaansprakelijkheidsrecht voor een (belangrijk) deel worden veroorzaakt door de afkalving van de sociale zekerheid. Ook verzekeraars waarschuwen voor een overbelasting van het werkgeversaansprakelijkheidsrecht. Dit leidt tot de vraag: zou het herstellen naar de oude niveaus van de sociale zekerheid een oplossing bieden voor deze problemen?

Ik vermoed dat het antwoord hierop 'nee' luidt. Een terugkeer naar de oude waarden verhelpt op geen enkele wijze problematische aspecten als sluipende schade, de opkomst van nieuwe beroepsziekten of retro-actieve aansprakelijkheid. Ook lijkt een herstel van oude uitkeringsniveaus op basis van risque social in deze tijd van economische malaise een politiek onhaalbare kaart. Daarnaast biedt het werkgeversaansprakelijkheidsrecht de werknemer een

4 CRvB 8 september 2006, L & S 2007 nr. 10 met annotatie door Waterman.

volledige vergoeding wanneer hij deze kan realiseren, wat niet voor de sociale zekerheid geldt.

Ook is reeds aangevoerd dat de invoering van de EGB eigenlijk onvermijdelijk is. Rest nog de vraag, hoe deze moet worden ingekleed. Hoewel ongetwijfeld vele mogelijkheden en keuzes bestaan, is één daarvan al door de specialisten van de IAO getoetst aan het IAO-verdragsrecht en onder voorwaarden in orde bevonden: het EGB-voorstel op basis van private verzekering van de Commissie Donner. Deze voorwaarden zijn zeker niet onoverkomelijk, nu zij door vele andere landen in de dagelijkse praktijk worden gebracht, en komen ook niet onredelijk voor. Een voorbeeld hiervan is een waarborgfonds voor noodgevallen, zoals wanneer een werkgever niet heeft voldaan aan zijn (in te voeren) wettelijke verplichting om zich tegen werkgeversaansprakelijkheid te verzekeren, of wanneer hij niet tijdig of behoorlijk zijn premie hiervoor heeft afgedragen. Ook zou de verzekering transparant moeten zijn met een claimbeoordeling die niet afhankelijk is van de invulling van de verzekeringaanbieders.

Zou het zinvol zijn om een lijst van erkende beroepsziekten te introduceren? Het komt mij voor dat *iedere* toename van aandacht voor beroepsziekten de Nederlandse maatschappij slechts ten goede kan komen, van welke aard dan ook. Immers, hoewel Nederland zich niet houdt aan de verdragsrechtelijke verplichting van IAO-verdrag 121 om een beroepsziektenlijst te hanteren, hoeft dit niet per sé een investering in meer kennisontwikkeling en maatschappelijk debat op het gebied van beroepsziekten in de weg te staan. Een beter inzicht in beroepsziekten kan preventie bieden, wat de werknemer ten goede komt, en ook mogelijk maken dat de omvang en aard van schadeclaims vanwege beroepsziekten beter door de verzekeringsindustrie kan worden ingeschat. Natuurlijk ligt het wel voor de hand dat de invoering van een beroepsziektenlijst in deze opzichten bij uitstek bevorderlijk kan zijn. Om polariserende effecten te voorkomen, zou zo'n lijst bij voorkeur moeten worden opgesteld door een neutrale, deskundige partij die op de hoogte is van de laatste medische en algemeen aanvaarde inzichten. Wat dit betreft, nemen veel landen de beroepsziektenlijst over die periodiek door de IAO wordt gepubliceerd (die tot stand komt door de raadpleging en onderling overleg van deskundigen uit de gehele wereld) of voegen tussentijds zelf beroepsziekten toe aan hun nationale lijst wanneer de eigen medische deskundigen dit op grond van de 'state of the art' gerechtvaardigd achten.

Een zelfde gedachte gaat uit naar de invoering van een schadefonds. Zo zou een voorschotfonds wellicht goede diensten kunnen bewijzen aan slachtoffers van beroepsziekten met een korte levensverwachting, zoals mesothelioomslachtoffers. Ook de invoering van een waarborgfonds voor beroepsziekten

waar, zoals in België, alle werkgevers verplicht 1,1% van het loon aan afdragen als premie en werknemers zich rechtstreeks toe kunnen wenden in geval van ziekte, is nadere verdieping en overweging waard. Dit kan met name een oplossing vormen voor de vele werknemers die niet kunnen achterhalen of aantonen welke werkgever in hun lange loopbaan aansprakelijk is voor hun gezondheidsschade, zoals bouwvakkers die in de loop van tientallen jaren bij even zovele werkgevers zijn blootgesteld aan asbest- of kwartsstof, lawaai of overbelasting van de rug. Het lijkt echter wel noodzakelijk om, indien zo'n fonds in het leven wordt geroepen, de financiële bijdrage daaraan wettelijk verplicht te stellen; van een vrijwillige bijdrage omwille van sociale solidariteit gaat, hoe mooi dat ook klinkt, niet veel bestendigs uit. Ook kan overwogen worden dat er een zekere billijkheid in schuilt om de werkgevers deze premie te laten betalen, nu zij immers de activiteiten exploiteren die aanleiding geven tot arbeidsrisico's die tot beroepsziekten kunnen leiden. Voorts is het zinvol om nader te bezinnen hoe zo'n fonds zich zou moeten verhouden tot het aansprakelijkheidsrecht. Enerzijds lijkt de invoering van een fonds in combinatie met civielrechtelijke immuniteit van de werkgever voor vorderingen wegens beroepsziekten voor de hand te liggen; anders zou hij zowel via het aansprakelijkheidsrecht als via het fonds 'gepakt' kunnen worden. Anderzijds komt het moeilijk voor om immuniteit van de werkgever doeltreffend te verenigen met het grote belang van preventie. Kortom, de wetgever heeft hier een overvloed aan interessante mogelijkheden die een nadere verkenning waard zijn.

Een bezinning op het werkgeversaansprakelijkheidsrecht leidt ook tot de gedachte, hoe veel de voorstellen van de Commissie Donner II inzake de EGB lijken op de oude Ongevallenwet die in essentie was gebaseerd op het stelsel van directe verzekering; en inhoudelijk ook op de bepalingen van IAO-verdrag 121 die eveneens kan worden nageleefd op basis van een directe verzekering. Dit maakt de directe verzekering een goede kandidaat voor een stelselherziening. Ook vanuit praktisch oogpunt heeft de directe verzekering veel te bieden; met name voor de verzekeraar die dan precies kan weten wie hij verzekert, van welke arbeid en arbeidsomstandigheden sprake is, etc. Verzekeraars benadrukken al enige jaren dat zij voorstander zijn van de invoering van een directe verzekering; hun voorkeur is zeker niet onbelangrijk omdat zij in het werkgeversaansprakelijkheidsrecht een onmisbare plaats innemen.

Een directe verzekering kan voorts een aspect met zich meebrengen wat andere verzekeringstypen niet kennen, namelijk immuniteit van de partij wiens aansprakelijkheid wordt verzekerd. Dit komt erop neer dat de werknemer in beginsel afstand doet van zijn recht om zijn schade op de werkgever te verhalen. Wij zien dit bijvoorbeeld in België ten aanzien van de uitvoering van

de Arbeidsongevallenwet en de Beroepsziektenwet. Ook dit is voor ons een bekende weg: de Ongevallenwet kende ook deze immuniteit van de werkgever. Het achterliggende idee is dat het aansprakelijkheidsrecht overbodig wordt door de invoering van een directe verzekering die geheel voorschrijft welke schadevergoedingen mogelijk zijn, onder welke omstandigheden daarop recht bestaat, etc., zodat de werknemer überhaupt niet meer terecht hoeft bij de werkgever. Dit is echter slechts in beginsel zo en het is zeker niet een noodzakelijk vereiste. Zo kent België diverse uitzonderingen op de immuniteit van de werkgever, bijvoorbeeld ten aanzien van verkeersongevallen tijdens woon-werkverkeer, zodat het werkgeversaansprakelijkheidsrecht en de directe verzekering daar naast elkaar bestaan. Ook is het wellicht niet wenselijk om bij de eventuele invoering van een directe verzekering het werkgeversaansprakelijkheidsrecht af te schaffen. Indien het werkgeversaansprakelijkheidsrecht immers in de afgelopen honderd jaar iets heeft aangetoond, dan is het wel dat het zich snel aan de veranderende maatschappelijke omstandigheden, verhoudingen en inzichten weet aan te passen. Dat is een groot goed dat zeker niet onbezonnen of al te rigoreus moet worden afgeschaft.

De Commissie Donner II heeft nog een ander aspect aangekaart wat de nadere aandacht van de wetgever verdient: het wettelijk verplichten van een werkgeversaansprakelijkheidsverzekering tegen aansprakelijkheid voor arbeidsongevallen en beroepsziekten. Ook de SER heeft zich hiervoor uitgesproken. Dit past goed in het huidige maatschappelijk klimaat waarin zorgvuldigheid jegens derden wordt nagestreefd, ook – of wellicht zelfs met name – ten aanzien van het bieden van adequate verhaalmogelijkheden jegens derden ten aanzien van de bedrijfsmatige activiteiten. De recentelijke jurisprudentie over arbeidsgerelateerde verkeersongevallen van werknemers is daar een goed voorbeeld van. In zoverre lijkt de theoretische vrijheid van de werkgever om al dan niet voor een verzekering te kiezen al aanmerkelijk te zijn beperkt. Dit geldt in wezen ook al voor de wetgever, nu IAO-verdrag 121 verplicht tot een wettelijk verplichte verzekering van de werkgever. Het spreekt echter voor zich dat een verzekeringsplicht alleen zin heeft indien de wetgever een stok achter de deur houdt om de naleving hiervan zo nodig af te dwingen en er een back-up is voor werknemers wier werkgever het niet zo nauw neemt met de naleving van de wet. Ook een nationaal register van verzekeringen zou hier goede diensten kunnen bewijzen zodat werknemers in de toekomst op eenvoudige wijze kunnen achterhalen of hun (wellicht reeds gefailleerde, opgeheven of onvindbare) werkgever zich voor hun schade heeft verzekerd.

Kortom, de invoering van een EGB zou niet alleen voldoen aan verdragsrechtelijke eisen, maar stellig ook aan maatschappelijke behoeften. Daarmee is de invoering van de EGB zeker wel een herbezinning van de wetgever waard.

Tot slot: waar liggen de grenzen van het moderne werkgeversaansprakelijkheidsrecht? Ik wijs er op dat de grenzen tussen wat werk en wat privé is, steeds meer vervagen en dit verschijnsel lijkt, met name als gevolg van de snel groeiende communicatietechnologie waarmee een werknemer altijd en overal aanspreekbaar is geworden, in hoog tempo toe te nemen. In dit kader is het wellicht zinvol om een nieuwe definitie te bedenken voor de aansprakelijkheidsfeer die hiermee rekening houdt en bijvoorbeeld ook arbeidsgelateerde uitjes, cursussen, feesten, buitenlandse wacht- en rustperiodes en woon-werkverkeer omvat: bijvoorbeeld ‘vanwege de arbeidsovereenkomst’ in plaats van de inmiddels achterhaalde frase ‘in de uitoefening van zijn werkzaamheden’.

Eén ding is zeker: het werkgeversaansprakelijkheidsrecht blijft in beweging.

6.5 *Een laatste overweging: het reisdoel*

Al met al kan worden gesteld dat het Nederlandse werkgeversaansprakelijkheidsrecht zich op een kruispunt bevindt, van waar het verschillende richtingen op kan. De weg rechtuit heeft niet veel te bieden: dit leidt slechts naar een nog verder toenemende discrepantie tussen een verouderd wetsartikel en de realiteit van de moderne werkplek. Het wordt daarom tijd om een pas op de plaats te maken en art. 7:658 BW te moderniseren. Gelijktijdig kan ook overwogen worden om een afslag te nemen en een nieuwe weg in te slaan. Dat is spannend, want de voor de hand liggende vraag is dan: welke weg?

Wat wij inmiddels hebben geleerd, is dat de weg naar Engeland niet veel te bieden heeft; behalve om ons duidelijk te maken dat de invoering van een wettelijke verzekeringsplicht zonder de back-up van een nationale databank van verzekeringen en een vangnetconstructie een bron van veel maatschappelijke ellende is, waar met name de zwaksten onder arbeidsslachtoffers, namelijk asbestslachtoffers, de dupe van worden.

De weg naar België voert langs het gebouw van *risque professionnel* terug naar ons eigen verleden, namelijk de Ongevallenwet. In 1967 heeft Nederland deze weg verlaten uit liefde voor de destijds meer appelerende *risque social* architectuur; maar gelet op de huidige maatschappelijke verhoudingen is de liefde voor die stijl aan het afbrokkelen en lijkt een terugkeer naar het *risque social* heel goed denkbaar. Door de weg naar België in te slaan, komt het werkgeversaansprakelijkheidsrecht ook aanzienlijk dichterbij de buurt van IAO-verdrag 121 en dat behoort de Nederlandse wetgever toch wel als reisdoel voor ogen te staan.

8 Summary

1 Introduction

This Ph.D. dissertation describes, from a Dutch viewpoint, the historical development of the Dutch employers' liability for occupational accidents and diseases. It also offers an in-depth comparison between present-day Dutch, Belgian and English employers' liability law for occupational accidents and diseases. The purpose of this dissertation is to answer a threefold question.

Firstly, whether the Dutch legislator made the right choice in 1967 by deviating from a legal system of social security law based on the principle of *risque professionnel*¹, which was as common throughout Europe then as it is now, and change it to a system based on *risque social*². *Risque professionnel* means that the employer is only liable for social security payments for occupational mishaps leading to injury or illness, such as a broken leg due to falling off scaffolding whilst at work; *risque social* requires the employer to pay social security payments regardless of the cause of an employee's injury or disease, even if the cause lies in a broken leg during the employee's private skiing holiday.

Secondly, whether the present-day system of *risque social* complies with the ratified ILO Convention no. 121 (full name: Employment Benefits Convention 1964). This treaty presupposes to a great extent that ratified member states have organized their social security system on a *risque professionnel* model in order to be in compliance with the requirements of the treaty. It may be said from the outset that these requirements are of a fairly low threshold in order to encourage and enable as many countries as possible, including Third World countries, to accept and ratify the treaty. Throughout this thesis, there is a continual back-and-forth between social security (treaty) law and employers' liability law: because in practice, where the first ends, the second begins.

¹ As embodied by the *Ongevallenwet* (Occupational Accidents Act 1901).

² As embodied by the *Wet op de arbeidsongeschiktheidsverzekering* (WAO; Disability Insurance Act 1967), which has been replaced by the *Wet werk en inkomen naar arbeidsvermogen* (WIA; Labor and Income According to Labor Capacity Act 2006).

Thirdly, in which direction Dutch employers' liability is heading – are the workplace preconceptions of the original Dutch legislator of the nineteenth century now proving to be a present blessing or a hindrance? Will Dutch employers' liability law remain on its course of fault liability or is a drastic change to a no-fault system in sight, perhaps even inevitable?

To answer these three questions, let me take you on a highly condensed tour through Dutch, Belgian and English law regarding employers' liability law, labor law, social security law, insurance law and along the way expound on relevant historical perspectives.

2 The construction of this dissertation

The preceding Dutch text of this dissertation consists of four parts. Part I starts off with a general introduction in Chapter 1, the gist of which you may find repeated in the previous paragraph; the remainder of Part I focuses on Dutch law. Chapters 2 and 3 analyze respectively the historical development and basic principles of both the Dutch employers' liability law and social security law. They clearly show that the present-day Dutch employers' liability law is much influenced by the world around the first legislator as he knew it then, back in the late nineteenth century. Many changes have taken place since then in every possible field: consider mechanics, chemistry, plastics, psychology, medicine, communication, public and private transport, etc. The Space Age has come and established itself firmly. Yet as Dutch case law shows, the phrasing and the conceptions of society behind s. 7:658 Civil Code (CC), which lays down the essence of Dutch employers' liability, have not changed much at all since the 1880's. It has taken a great deal of effort and some inventiveness of the Dutch judiciary to apply this outdated law in such a way that fair verdicts can be reached in cases that span the width of modern Dutch society – think of traffic accidents of employees in the course of their employment, employees who suffer psychological distress or computer related ailments, limitation laws in which the legislator did not – and at the time of their conception could not – consider the possibility of long tail diseases such as lung cancer and mesothelioma, etc. In doing so, one might say that the Dutch judiciary has stretched the fabric of s. 7:658 CC pretty much as far as it will go. So what now?

Part II contains the comparative element of the thesis, consisting of Chapter 4 on Belgian law and Chapter 5 on English law. It endeavors to show not only the basics of Belgian and English employers' liability law, but also how they compare to each other and Dutch law and what different or common approaches have been taken to typical problems on the work floor.

The idea behind describing the overall historical background of the three different countries is to enable insight into what circumstances and choices brought The Netherlands to the momentous change of legal system in 1967 as well as our present-day state of employers' liability and its characteristics, peculiarities and problems.

In Part III, a long and critical view at Dutch employers' liability law is taken from the perspective of the knowledge gained from the previous chapters. Bearing in mind the three-fold question that forms the focus of this work, Chapter 6 concentrates on the answers and consequences that can be derived from this knowledge. What necessary or desirable decisions do they suggest to the Dutch legislator?

The thesis rounds off with Part IV, in which the most important findings are summarized in Chapter 6 for the benefit of the Dutch legislator and the reader. Also this chapter, consisting of a highly condensed English summary, is added to Part IV as Chapter 7 for the benefit of readers who prefer to read in English rather than Dutch.

3 Part I. The historical perspectives

3.1 Introduction

In the Dutch part of this dissertation, the chapters on Dutch, Belgian and English law all start with a fairly in-depth outline of how the various laws on employers' liability law have evolved to the present day. I shall summarize these parts into a single paragraph and hope the reader will bear with me for jumping with great leaps and bounds through history, which in a short summary such as this is regrettably unavoidable.

In every country, that is to say The Netherlands, Belgium and England, the historical pattern of employers' liability law basically starts off the same, as the first effects of the industrialization become noticeable. In England this started around the 1850's. The Netherlands and Belgium following suit around the 1880's to 1900's. An important effect of industrialization was the move of the rural population to the cities to work in large factories, leaving the paternal care and immediate supervision of their small employers and their work in small cottages behind them. The individual contact between the employer and the laborer was lost, to be replaced by the laborer becoming a small part of an anonymous crowd, both in the workplace and in the desperately poor, dank and unsanitary districts which cropped up around the factories. The

work in factories cruelly made untold victims of occupational accidents and diseases in young and old alike. At first, this was accepted as one's fate: being sick or maimed was part of life, God's will, one's place in this life was not to be questioned. Often it was hard to tell the cause of any ailment anyway. Also, much of the indifferent attitude of employers and legislators alike was due to the 'laissez faire' economic politics of the day, which was common to all three countries but especially infringed on English society where a multitude of legal doctrines would absolve an employer of almost anything but outright murder.

However, as the process of industrialization progressed, the occupational dangers of the factories became more obvious, more numerous and could more be easily traced to a particular moment, a specific place, a particular employer with unsafe labor conditions. English employers and legislators appear to have been particularly hard-hearted. Consider this sentiment of an English legislator who opposed the restriction of child labor to ten hours (the Ten Hours Bill) as being quite useless: "The engine will, under any bill, clutch up boy or girl, and dash their brains out against the ceiling, or crush them into pancakes by pressure against the walls..."³

Gradually, some employers would show more conscientiousness about safety measures, irked by losing trained laborers. At the same time they would complain that other employers, less interested in their laborers' safety, were competing at unfair advantages; while yet other employers would complain that their competitors giving out sickness payments or even old age pensions and thus drawing more than their share of the workforce was unfair to them, too. So too did society as a whole begin to understand that there was an innate unreasonability for an injured laborer to be thrown onto the mercy of his family and neighbors and, like a beggar, be dependent on alms given by the church, parish relief, philanthropical societies and the like, when there was a clear culprit: the employer. Yet the law provided no practical remedy for the victim of an occupational accident or disease.

As the need of employers for stronger, fitter, literate workers grew, so did material factors like housing, sewerage, schooling and medical care improve. Society began to understand that, under the laissez faire principle, a worker could perhaps theoretically, but not realistically, be expected to 'better himself' and that this was even more true for an injured worker. In the wake of a growing social improvements, the worker became more assertive, joining labor unions and protests, trying to use what little the law had to offer to

3 Cawthon 1997, p. 19.

claim civil compensation and often damaging the employer's good name in the process. In the Netherlands especially, this was looked at with a scant eye by employers' and legislators who began to consider that, if they did not take care of better work conditions and compensation in case of occupational injuries themselves, the 'Red Danger' might bring this about in an altogether less desirable way. Little by little, indeed with baby steps, the realization began to grow in the three countries that it was up to their respective legislators to create a realistic possibility to hold employers liable for occupational accidents and injuries, burdening them equally. Also that, without legislative interference such as mandatory safety measures, workers would have no realistic chance of recovering damages in order to maintain their livelihoods. Something had to be done, however reluctant the establishment was to do it.

3.2 *The Netherlands*

In The Netherlands, around 1850 a Dutch worker's living and working conditions were miserable. Working days of 14 to 16 hours, even for children, were not unusual and were likely to be extended in the summer. It was therefore no wonder that they were considered to be sickly, weak creatures. Tellingly, many did not have the strength to harvest grain and wheat crops, necessitating the annual import of the stronger German workers to do this. On average a worker's life expectancy was no more than 38 years.⁴ The liberal theories of the time considered safety measures on the workplace to be irrational: it was, after all, much cheaper to replace the worn out or 'broken' worker.

Section 1401 and following of the Old Civil Code provided a right to damages if the employer had tortuously harmed the worker, but only if a specific rule of legislation had been broken by the employer. As there was hardly any legislation on health and safety to speak of, this was not often the case. The worker who dared to litigate, could forget about his employment and would risk the livelihood of his family as well. Even that was assuming that he had an understanding of the cause of his ailment, which, due to the wretched living conditions, many workers did not have. The only effective legal remedy for damages due to occupational injury was open to seamen if they became injured or maimed during a sea voyage or whilst fighting off pirates.

Once again, economic rather than humane considerations forced employers who required healthy, able and literate workers in order to increase their output to improve living and labor conditions. The Children's Act 1874 ('Kinderwetje van Van Houten'), which forbade child labor below the age of 12 years, finds

4 Cf. Brugmans 1975, p. 154-193.

its justification here.⁵ And again, though improved conditions clarified the relation between the omnipresent ailments and labor related injuries, this did not ease the way of the worker to damages one whit. In 1887, the Dutch lawyer Greven pointed out the assembly of Dutch lawyers that it was a national disgrace that four out of every five disabled workers had to be supported through charity, even though their injuries had often been caused by no fault of their own.

In an effort to mitigate the financial suffering of injured workers and their families (and thus attract and bind more workers), employers began to start factory funds, which were usually financed by contributions of the workers, in some cases adding to the pot themselves. Again this aroused anger from other employers, who considered this to be unfair competition. However, nobody dared to suggest the abolition of parish relief, so another way had to be found to ease the troubles of injured workers while not incurring the wrath of employers.

By the end of the nineteenth century, the theory of laissez faire had played its course in The Netherlands: it was understood that it had nothing to offer a worker but an endless loop of poverty from one generation to another. Parliamentary inquiries into the effectiveness of the Children's Act lead to an important piece of legislation: the Labor Act 1889 (Arbeidswet), which laid down protective regulation for the benefit of children and (pregnant) women and eventually also led to the instigation of the Labor Inspectorate and the present-day Working Conditions Act 1999 (Arbeidsomstandighedenwet). Additional parliamentary inquiries led to even more protective health and safety legislation as it became clear that the absence of safety measures by the employer played a large part in the occurrence of occupational injuries. This regulation was not achieved without overcoming considerable ill will that such measures amounted to 'sickening philanthropy'. However, the sentiment that private initiatives had failed on this front and so mandatory measures were called for, prevailed. So the Safety Act (Veiligheidswet) came to be in 1895, which regulated safety measures for workers in workplaces and factories.

As parliamentary interest for safety and health in the workplace grew, the question arose how to cope with employers' liability for occupational accidents and diseases. Increasing employers' liability was considered to have failed in Germany under Bismarck and therefore not a valid option. The alternative of a mandatory accident insurance for employers which would ensure

5 However, this was easily circumvented by not having the children work but follow 'vocational training' - even then.

compensation for victims of injuries which were related to their occupation (*risque professionnel*) was greeted more favorably and resulted in the Occupational Accidents Act 1901 (*Ongevallenwet*). Note that this included more than ‘merely’ occupational accidents in a strict sense; for instance traffic accidents to and from work or accidents during a rest break were included under this definition as well. As in Belgium, the Accidents Act offered civil immunity to the employers.

The Accidents Act took a very broad view of what constituted contributory negligence. The legislator considered it to be important that normal human qualities such as daily familiarity with a dangerous tool or procedure or a moment’s inattentiveness, carelessness or weariness would not diminish the right to compensation. The compensation constituted 70% of the daily wages, to be handed out periodically rather than in one lump sum in case the worker “would drink it all”. In 1921 the Accidents Act’s scope was expanded to include all firms, unless exempted. A chapter on four occupational diseases was added to the act in 1928 and extended in 1938, including a list of occupational diseases which gradually increased in length. As in Belgium, the Accidents Act created civil immunity from lawsuits for the employer.

At the end of the 19th century, it was considered in Dutch parliamentary circles to be a provoking and disconcerting fact that all the surrounding countries had already elevated the employer’s duty of care to legislative status, while The Netherlands had stayed behind in this regard. After years of debate on whether or not this was really necessary, how it would relate to the Accidents Act and how far the duty of care should go, a formal statement of the employer’s fault liability was achieved in s. 7A:1638x Old Civil Code (OCC) in 1907. In 1992, when the New Civil Code (as present) was introduced, this was renumbered as s. 7:658 Civil Code. Due to the employers’ civil immunity because of the Accidents Act, the importance of s. 7A:1638x OCC originally amounted to very little.

World War II changed the Dutch social security system dramatically. It was felt to be unfair that one person, for instance someone who broke a leg falling from scaffolding, would receive the Accidents Act benefit while another person who had been shot in the leg by the Germans and was to be considered equally pitiful received nothing. After some decades of debate, this eventually led in 1967 to the abolishment of the *risque professionnel* system, the founding stone of the Accidents Act. In the same year, the system of *risque social* was introduced by means of the Disability Insurance Act (WAO) as the new basis for social security. With the introduction of this Act, the employers’ immunity from litigation by occupationally injured or diseased employees

was lifted. As the years since then have shown, s. 7:658 CC has gradually but surely come into its own. Some legal commentators suspect a causal relationship between the gradual decrease of social security benefits over the past decades and the surge of published cases on employers' liability law. This would make sense, as diminished benefit levels will, from sheer necessity, drive a permanently incapacitated employee to litigation it needs must: bread must come from somewhere at the end of the day.

Since 2006, the Disability Insurance Act has been replaced by the Labor and Income According to Labor Capacity Act 2006 (WIA), which is essentially a meaner, stricter version of the Disability Insurance Act. It aims to encourage incapacitated employees to maximize their remaining work capacity.

3.3 *Belgium*

In Belgium too, the onset of the industrial age and the believe in the economic theory of 'laissez faire' meant that the government was initially wary of interfering between employers and workers. But here too, the economic insight that underfed, unhealthy and unschooled workers who lived in squalid living conditions could simply not stand the pace that factory owners demanded, eventually won out in favor of better living conditions and in its wake, better working conditions. Part of this can be attributed to circumstances particular to Belgium, such as the ruined crops, nationwide hunger and a typhoid epidemic around the middle of the nineteenth century. These events led to the government encourage workers to form mutual insurance syndications and labor unions in order to relief the worst misery. Later, these same syndications and unions were regarded with suspicion and distrust.

Faith in the laissez faire theory was slowly lost as society realized that it made perpetual victims of the poor, which included the entire working class. This led to the first protective labor legislation, targeted at children and women, and eventually a relief fund for occupational victims as suggested by King Leopold I in 1890. In 1878, a law was enacted which made it possible for an injured worker to be included as a civil claimant in a criminal court case against an employer. This proved to be a popular measure with workers, as their chances of realizing damages for an occupational accident or disease in a civil court procedure were negligible. It proved to be rather too popular in the opinion of the employers, who considered it to be detrimental to the 'social peace' which was and still is prized so highly in Belgium.

It took twenty years of resistance and much debate on the importance of the social peace in Parliament before the Compensation for Occupational

Accidents Act (Wet betreffende de vergoeding der schade voortspuitende uit de arbeidsongevallen) was accepted in 1903. This new legislation broke permanently with the existing legal principle of fault liability: in the future, occupational accidents and diseases would be held to be a 'risque professionnel', meaning that any such risk should by law be insured by the employer for the benefit of the worker, without the worker having to prove anybody's guilt or lack thereof. As a countermeasure to this generosity, the employer would be considered immune to civil claims for damages by the worker, as is still the case today. Also, any compensation would be precisely prescribed by the legislator and limited to fixed amounts, though the worker would – and is – free to insure himself for a higher sum.

In 1927, following the International Labor Conference of 1925, similar legislation was enacted with regard to occupational diseases. In compliance with international labor treaties, particularly ILO Convention 121, it included a list of recognized occupational diseases. If an employee has a disease which is mentioned on this list, he is automatically considered to be a victim of an occupational disease without any further ado or burden of proof. If his disease is not on the list, then he may prove with the aid of some legal presumptions of proof that it is in fact an occupational disease, after which he will receive the fixed compensation. Both the Compensation for Occupational Accidents Act and the Compensation for Occupational Diseases Act are still in force.

Special government organizations responsible for occupational accidents and diseases (the Fund for Occupational Accidents (Fonds voor Arbeidsongevallen; FAO resp. the Fund for Occupational Diseases (Fonds voor Beroepsziekten; FBZ)) ensure compliance with all regulations in their respective fields by all parties concerned.

3.4 *England*

In England, the new understanding of the dangers of the 'laissez faire' economics led to the introduction of the Employers' Liability Act (ELA) in 1880, which proved to be of little consequence due to the myriad common law doctrines which allowed the judicial evasion of employers' liability to continue. The ELA was followed by the Workmen's Compensation Act (WCA) in 1897, which was based on the no fault-principle and allowed the worker half-pay, provided there was no hint of any contributory negligence on his part. Still this allowed for a flux of new law cases, which, again, often proved of no avail because of legal doctrines protecting the employers. Around the 1900's and in the decades to follow, more safety measures were legislated, culminating in several successive Factories Acts and Regulations. Still, this legislation was

mostly fragmentary and ineffective and left many workers, such as the ones who did not work in factories or railroads, out in the cold.

Importantly though, these Acts made the duty of care to the employee with regard to these particular regulations explicitly a matter of statutory duty, meaning that when such a regulation was breached, the causality between the breach of the regulation and the injury or disease was assumed; so the employee no longer had to prove the employer's fault. This new system, which still exists today, could and can only work in relation to such regulations, which, as the nineteenth and twentieth century progressed, quickly grew in number.

It was not until the 1960's when the very powerful labor unions exerted huge pressure on the Minister of Employment Castle to improve existing labor law, that matters really changed. This led to the publication of the Robens Report by Lord Robens in 1972. However, rather than advising the transference of safety and health matters into firm legislative hands, this report advocated the opposite: a high degree of deregulation and personal responsibility, in accordance with the wishes of the Confederation of British Industry. Still, the labor unions did achieve to have 'safety commissions' get a say in matters of safety and health in the workplace, something that had never been intended or envisioned by the Robens Report. These developments culminated in the Health and Safety at Work Act 1974.

Under Thatcher and Major in the 1980's and 1990's, a chasm grew between employers demanding a further reduced regulatory and financial burden regarding safety and health measures and groups advocating workers' health and the environment. Deferring to the employers, various governments continued to deregulate existing legislation on health and safety in the workplace and minimize new law through the Deregulation Task Force. While the influence of the English labor unions decreased steadily, the safety commissions proved to be largely ineffective, if not actually comatose. Under Major, small businesses were even allowed to be exempt from the burdens of health and safety legislation. Continuing this trend, even European legislative measures have only been implemented to the most minimal possible extent.

Nowadays, the subject of health and safety in the workplace appears to be a discussion that mostly takes place between the legislator and the employers and leaves much to the inclinations of employers themselves. It is not without good reason that Beck & Woolfson describe the English system as "the most

employer friendly health and safety regime in Europe”.⁶ To some extent, the role of employers seems to have been taken over by insurers, who in turn endeavor to minimize employers’ liability, especially with regard to occupational asbestos diseases.

3.5 Conclusion

Though The Netherlands, Belgium and England share the same historical background, they each have evolved differently in the field of employers’ liability law. In The Netherlands, employers’ liability law has become a classical fault liability law and set distinctly apart from social security law. In Belgium, it has become a no-fault system with employers’ immunity and very much regulated by the State. England is in this regard neither one thing nor the other but rather a hybrid of the two.

4 Part II. Present and comparative perspectives: social security

4.1 Introduction

In the preceding part of the thesis, each national system has been examined individually in a separate chapter. In this summary, I shall set out the basics of the national social security systems with regard to occupational accidents and injuries.

4.2 The Netherlands

In practice, Dutch employers’ liability begins only where social security benefits end. An employee who has become incapacitated for work, due to *whatever reason* (in conformity with the *risque* social system), is ex s. 7:629 CC entitled during 52 weeks to 70% of his most recent earnings or at least 70% of the minimum wage (not including tips, travel expenses and the like), barring the first two days of incapacity which are not salaried. After this period, he is entitled for another 52 weeks to 70% of the maximized daily earnings,⁷ in dire cases topped up with an additional benefit (“Toeslag”) if the minimum wage level would otherwise not be reached. Employees who are covered by a trade union agreement may be better off financially. Also, employees are free to negotiate a top-up with their employer or to buy additional insurance cover-

⁶ Beck and Woolfson 2000, p. 48.

⁷ The maximized daily wage amounts to € 183.15 as of January 1st, 2009; 70% of the maximized daily wage equals € 128.20.

age themselves to bridge the wage gap. Approximately 80% of all employers have insured themselves against having to pay wages when an employee is incapacitated to work. It is possible, but not customary, for employees to insure themselves privately against such income loss.

During the two-year period of incapacity, the employee is protected against dismissal while at the same time the employer is expected to do everything that may be reasonably expected of him to reintegrate the employee back into the workforce, either in his old job, a new job or even in a job at another employer's if necessary.

If the employee is still incapacitated after 104 weeks, he may be eligible for benefit in accordance with the Labor and Income According to Labor Capacity Act 2006 (WIA). A medical insurance physician and a labor consultant will assess together whether and to what extent the employee meets the requirements of the WIA and how badly the disablement affects his employability. Essentially this disablement is estimated by subtracting his remaining earnings capacity from his regular earnings capacity (wages) and dividing this by what a fit person in the same job would have as earnings capacity. The result of this calculation is multiplied by 100 to form the incapacity percentage. The incapacity percentage is therefore really more about the extent of the wage loss than the actual physical incapacity.

If, after 104 weeks, an employee is judged to have suffered less than 35% incapacity, he is considered not to be incapacitated in relation to the WIA and not to be entitled to any WIA-benefits. What remains is unemployment benefit and, after the period of entitlement to this benefit has expired (which depends on the length of the employee's labor history), the only benefit which remains is the very minimal social assistance benefit. Both benefits last at most until the employee becomes entitled to an Old Age Pension at reaching the age of 65 years.

It may be noted that in the current economic climate, it is very hard for 'older' unemployed people to find new employment; indeed, many will find it next to impossible with the added burden of partial incapacity, especially after their previous employer has already tried for two years to find them a suitable job and not succeeded in this effort.

If the employee is found to have an incapacity percentage in between 35 and 80%, he is entitled to a WGA-benefit for a period of 3 to 38 months, depending on his previous labor history. During the first two months of this period

he will receive 75% of the maximized daily wages, after that only 70% until his right to this benefit has expired.

If the employee manages to find a job during this period, he will receive a benefit of 75% of his lesser earnings (in comparison of his previous earnings) for two months. If he should manage to earn at least 50% of his remaining labor capacity, his new wages will (if need be) be topped up to 70% of his old wages, but never amount to more than 70% of the maximized daily wages. So the higher the original wages, the lower the benefit will be. A person who had a very high salary before becoming partially labor incapacitated and has found himself a new part-time job, might not receive any benefit at all under this scheme. If he cannot find a job that will use up at least 50% of his labor incapacity, then he is entitled to a benefit related to his own labor incapacity but never more than the maximized daily wage. In practice, this means that a person with a labor incapacity of for instance 34-55% will receive 28% of the minimum wage⁸, while a person with 65-80% labor incapacity is entitled to 50.75% of the minimum wage, in other words far under the social minimum income. If this should be the case, the employee can apply for additional benefit ('Toeslag'), but only if his common law or married partner does not have an income that is equal to or exceeds the social minimum.⁹

If the employee has more than 80% labor incapacity after 104 weeks and this may reasonably be expected to be a permanent situation, he will receive 75% of his last normal earnings (never exceeding 75% of the maximized daily wages) until he reaches the age of 65 years, after which he is entitled to a Old Age Pension. Again, the higher the original salary, the (relatively) worse off the employee will be.

Usually, a Dutch employee will not claim damages from his employer (thereby putting the relationship under great pressure) unless he has already lost his job at that employer's or has suffered great physical and (particularly) financial pain, effectively forcing him to claim damages. So, though the employer's liability law does not have a 'bottom limit, in practice one may expect some serious or even permanent injuries or other major ailments in a case of employers' liability.

8 The minimum wage for a 23-year old person or older amounts to € 1,381.20 per month (working full-time, that is to say between 38-40 hours a week) as of January 1st, 2009.

9 The social minimum for a single person of, say 35 years old, amounts to € 641.93 per month as of January 1st, 2009. The income and wealth of an applicant are considered with respect to his eligibility for receiving the social minimum.

All Dutch citizens are mandatorily insured against all costs pertaining to medical treatment (medication, hospitalization etc.) and pay the insurance premium to the State approved insurance company of their choice.

4.3 *Belgium*

In Belgium, it really is all much simpler. Art. 49 jo. 91 Occupational Accidents Act (Arbeidsongevallenwet) requires every employer under penalty of criminal prosecution to insure all his employees against damages which have arisen out of or in the course of employment (*risque professionnel*), including traffic accidents to, from and during work. For this he can choose amongst roughly twenty insurers which have been approved for this purpose by the State. If he fails to insure his employee, he will be considered to have been insured with the governmental Fund for Occupational Accidents organization ('Fonds voor Arbeidsongevallen'), which will then act as a guarantee fund on behalf of the employee and recover all payments from the employer.

As mentioned before, the employer is immune against civil litigation concerning occupational accidents and diseases suffered by the employee.

In case of temporary incapacity, the employee is eligible from the first day of incapacity to receive a daily benefit of 90% of his previous average daily wages ('basic wages') during the year before he became incapacitated. As in The Netherlands, the daily wages are maximized: to a sum of € 36,809.73 yearly as of January 1st, 2009. If the employee earned more than these maximized wages, he must bear the difference himself, though he is free to insure himself against such a situation or to negotiate such an insurance with his employer. Whatever exceeds the limit of the maximized wage is not covered by the employer's civil immunity.

The insurer may request the employer to find the employee suitable alternative work, either at his old job or in a new job. If the employee accepts, any loss of wages between the old job and the new job is compensated. If he refuses, the employee receives only compensation in relation to his incapacity.

If the employee does not recover fully from his injury, the percentage of incapacity will be assessed and he will receive a benefit accordingly, which is calculated by multiplying his percentage of incapacity with his basic wages (not exceeding the maximized wages). Above this, the employee can also receive additional benefits, depending on the degree of his incapacity.

Only material damages are compensated; immaterial damages such as pain and suffering are not. Basically all costs relating in a broad sense to medical care are insured.

Essentially, the Belgian system with regard to occupational diseases works much the same when it comes to the actual benefits. Only the governmental Fund for Occupational Accidents ('Fonds voor Arbeidsongevallen') is replaced by a similar office for occupational diseases, the Fund for Occupational Diseases ('Fonds voor de Beroepsziekten') which is financed by each employer paying a 'solidarity contribution' of 1.1% of each employee's wages.

Actually getting the benefits may be somewhat more difficult as the employee needs to prove his disease to be an occupational disease. He can do this by proving he has a disease which is officially listed as a recognized occupational disease and that he has been exposed to (a cause of) this disease in the course of his work. In addition, workers in specific labor branches are assumed, barring evidence to the contrary, to have been exposed to certain disease risks inherent to the respective labor branches.

If the employee's disease is not listed, he may still receive his benefit if he can prove that he has a specific illness which is directly and materially caused by an occupational health risk which has arisen out of or in the course of his employment. This burden of proof can be quite difficult for sufferers from 'vague' ailments, such as worn-out backs or psychiatric ailments.

4.4 *England*

English employees who suffer from occupational accidents and diseases find themselves familiar with the Social Security Contributions and Benefits Act 1992 (SSCBA), which incorporates the Industrial Injuries Scheme (IIS), the Employers' Liability Act, the Statutory Sick Pay Act 1994 and the Social Security (Incapacity for Work) Act 1994.

The first three days of incapacity to work the employee is not entitled to salary, though between themselves, the employer and employee are free to negotiate otherwise. After this initial period, the employee is entitled to a flat rate statutory sick pay benefit of £ 79.15 (€ 91.18) per week; the entitlement lasts 28 weeks. After this the short-term at the higher rate benefit (IBST(H)) of £ 80.15 (€ 92.33) per week, followed by the long-term incapacity benefit of £ 89.80 (€ 103.45) per week until he retires. All amounts are as of July 1, 2009 with conversion in euros as of August 20th, 2009. Please note that the above is a very bare-bones version of a complex social security system.

Labor union agreements have little relevance here: financial arrangements between the employee and the employer regarding incapacity are considered to be a private matter. In practice, roughly half of English employers will offer some sort of occupational sick pay scheme, but tend to guard the details jealously. The better paid segment of employees may also have or arrange for themselves a Permanent Health Insurance (PHI) which will act as a 'top-up' in case of incapacity.

If the occupationally caused incapacity appears to be permanent, the Industrial Injuries Scheme comes into play. It consists of two parts: the Industrial Injuries Disablement Benefit (accidents) (IIB) for occupational accidents and the Industrial Injuries Disablement Benefit (diseases and deafness) (IIDB) for occupational diseases and deafness. Every employee is covered by the IIS from his first day at work; contributions are paid by the English State.

Both the IIB and the IIDB benefits offer the employee a lifelong, tax-free and indexed pension. To receive the IIB, the claimant must a) prove the existence of the occupational accident, b) having been exposed to the particular health danger in the course of employment and suffering, because of this exposure, c) at least a minimum of 14% physical incapacity. The matter of fault of either party is completely irrelevant; that is, unless the claimant himself introduced a risk which was not incidental to his employment, such as prohibited drugs.

In case of an occupational disease the claimant is required to show that his particular diagnosis is prescribed, that is to say listed on the IIDB-list, and to make a plausible case 'on the balance of probabilities' that his disease is caused by the circumstances of his employment. Here too, it can be difficult for an incapacitated employee to apply for either benefit when his ailment is neither clearly covered by the one or the other, as may for instance be the case for employees who suffer from burn-out syndrome. So far, the English government has not allowed cases of 'individual proof', where a claimant can provide evidence that his unlisted disease has an occupational cause.

The size of either benefit depends on the percentage of physical incapacity. Twenty percent incapacity amounts, as of July 1, 2009, to £ 25.42 (€ 29,28) a week, while complete incapacity is worth £ 127.10 (€ 146,42) a week.

4.5 Conclusion

It is hard to compare the different systems as they differ in many ways, with payments and benefits paid over different periods. Also the influences of labor unions and private insurance on individual income can differ dramatically.

All in all, one might cautiously conclude that the English victim of an occupational accident or disease would initially appear to be the worst off financially, supposing no sick pay scheme or PHI applies (as may differ from employee to employee). But at the end of the day (which would be after two years or more from the first day of incapacity), this would appear to be the Dutch victim whose income can come tumbling down from great heights to no more than approx. € 500 a month and this only after he has made inroads on his bank balance and the value of his house. Seen in this light, it does not seem surprising that, while social security levels have been dropping steadily since the 1980's, the number of published court cases in employers' liability law has gradually increased.

This leaves the Belgian employee the winner in the social security stakes, with a steady income of 90% of a fixed ceiling income that is high enough to equate with the average income.

5 **Part III. Present and comparative perspectives: employers' liability law**

5.1 *Introduction*

In this chapter, I shall concentrate mainly on Dutch employers' liability and compare it only where there are major differences to the English and Belgian systems.

5.2 *Fault liability*

Dutch employers' civil liability law, as laid down in s. 7:658 CC, is essentially a fault liability, while Belgian employers' liability is a matter of no fault-liability and the English system is a hybrid of the two.

5.3 *Scope of s. 7:658 CC*

According to s. 7:658 CC, the employer is only liable when he has been negligent in his duty of care and this had led to damage to the employee. Though the section covers material damage as well as occupational injury and disease, it is mostly used in relation to such injury and diseases and the damages which result of these. However, the emphasis on fault liability is slowly but surely becoming eroded, as will become clear in the next chapter.

The literal text in s. 7:658 CC itself is suffering from erosion, too, as judges have to make increasing efforts to align present-day aspects of the workplace

with the original legislator's view of a typical workplace over a century ago. This means for instance that employees in the merchant navy are excluded from the scope of the section, but nowadays this is sometimes ignored as outdated. Volunteers and temporary workers are also treated as employees in the sense of the section, even to the point that this has been codified as an additional subsection. Where the workplace was originally intended to be a single room that could literally be overseen by the employer, this can now include workplaces at other employers' premises. The section is now also considered to cover mental health, though it does not explicitly say so. In practice this means that recognized psychiatric illnesses like Post Traumatic Stress Syndrome and burn-out can also lead to employers' liability, as they qualify as an infliction to the victim's person. Such ailments were unheard of at the end of the nineteenth century, when Freud had yet to publish his first work.

There is also the circumstance that the original legislator was hardly aware of occupational diseases, as there was not much known about them at the time. This is reflected in the terminology and parliamentary history of the section, which, though formally covering both occupational accidents and diseases in every way the same, is much more focused on accidents rather than diseases. But there are distinct differences between the two: accidents are easily determined in time, location and cause. Diseases, on the other hand, may have multiple causes, both occupational and private, and may originate from exposure decades ago, making any burden of proof much harder as well as raising the possibility of limitation.

That this inherent discrepancy causes a range of problems of its own has become especially clear with the rising incidence of asbestos related occupational diseases. Such problems concern for instance the duty to perform research into preventing occupational diseases ('When, could and should the employer have known of mesothelioma?'), the burden of proof with regard to long tail diseases ('Is the once-archived evidence still in existence? Are witnesses still alive?') and, again, the limitation period of liability for long tail occupational diseases. Though s. 7:658 CC would seem, after more than a century, to be fairly crystallized out with regard to occupational accidents, the same cannot yet be said with regard to occupational diseases.

Summarizing, the outdated s. 7:658 CC does not fully meet the requirements of the present day; and that it still works to a fashion is largely due to the inventiveness and liberal interpretation of the judiciary, but even so it is a hard stretch.

5.4 *Duty of care*

Returning to the duty of care: this requires of the Dutch employer that he organize the workplace, the equipment and tools in which or with which he has labor performed, takes safety measures and gives instructions and supervision regarding the same, in such a way as may *reasonably* be expected of him in order to prevent the employee from coming to harm while in and during the course of his employment. 'Reasonable' means that, taking into account the specific circumstances, the employer cannot be expected to take his duty of care to absolute extremes. However, in practice he will find it hard to argue successfully that any safety measure that could have prevented the accident could not reasonably be expected of him, especially if such a safety measure was installed after an accident.

In this regard it differs somewhat from the English statutory law, where a breach of regulations will automatically lead to the employer's liability. The duty of care hardly ever crops up in Belgian case law of course, due to the Belgian employer's civil immunity.

Extensive Dutch case law provides guidelines to the details of the duty of care, for instance with regard to the duty to perform research into the (possible) dangers of the workplace and (the causes of) occupational diseases, its equipment, machinery and tools, when and how to give instructions or provide supervision, etc. Details of a more practical nature concerning the duty of care can be found in the Working Conditions Act ('Arbeidsomstandighedenwet') and relating regulations. For instance: how to work safely around cranes or at altitude, when protective clothing should be worn, etc. In the thesis itself, this is the subject of an in-depth overview.

5.5 *Burden of proof*

Over the past decades, there has been much confusion on the subject of burden of proof, who bears it, when it arises, etc.; especially with regard to occupational (asbestos) diseases. It is presently generally accepted that the primary burden of proof is carried by the employee as plaintiff; he is required to prove his claim, initially at least to a plausible degree, that he has suffered damage and that this damage has arisen in and out of the course of employment (the *conditio sine qua non* aspect). He is not required to prove the negligence of the employer, though of course being able to do so does his case no harm, either. Only after the employer has mounted a substantially motivated defence, does the employee need to prove his claim in detail. For instance, when, where and how his damages originated and what their precise and full

nature is. Obviously, this is much more difficult with regard to Repetitive Strain Injury than with regard to a broken leg due to falling off faulty scaffolding. It is up to the employer to prove that he has undertaken all reasonable safety measures, instructions and supervision to prevent the damage from occurring. Occasionally, it can happen that the judge will rule that the employer has not been negligent, due to the convention that the duty of care is not of an absolute nature. In such cases the employee must in principle bear his damage himself, no matter how obviously work related it may be. This too, however, is gradually changing in case law, as will be explained in the next paragraph.

All in all, the English worker carries a somewhat heavier, stricter burden of proof than his Dutch colleague, while for the Belgian worker once again the subject is of little litigational relevance due to the Belgian employers' immunity to liability.

5.6 Compensation

The employers' liability itself is a matter of '*restitutio in integrum*': either the employer is liable and then he is fully liable for all damage arising out of the occupational accident or disease, or he is not liable at all and then he doesn't owe the employee a penny's worth of compensation. Though this principle has held steadfast from the earliest days in the nineteenth century's parliamentary history, it is now under attack. Again, asbestos diseases are the main cause for this. Ever since the Dutch Supreme Court ('Hoge Raad der Nederlanden') case of *Nefalit v. Karamus* in 2006, a division of liability between the employee and the employer has become possible. Karamus was employed by the Nefalit firm, which exposed him over many years to high concentrations of asbestos dust. He also used to be a heavy smoker as well for many years and eventually developed lung cancer, which can be caused by either asbestos or smoking and especially by the combination of the two.¹⁰ The Hoge Raad ruled that, since the cause of the lung cancer could not be established with certainty and the chance of the cause lying outside of the workplace could not be ruled out, the advice of a medical specialist on the chances of the disease being proportionally caused by either the one cause or the other should be followed with respect to the liability, thus resulting in a proportional division of liability over both parties. While it is still early days to see to what developments this decision will lead to, one can easily imagine that the possibilities for extending this reasoning to other cases where the (multiple) cause of an injury or a disease may possibly be sought in the private sphere are ample.

¹⁰ Waterman 2006a.

In this only the Belgian system differs in explicitly excluding an employee's right to immaterial damages.

5.7 *Contributory negligence*

There are few exonerating defences open to the Dutch employer. Basically these amount to contributory negligence and limitation. It is exceedingly rare for a defence of contributory negligence to be successful. This would require a case of clear minded intention of the employee to harm himself immediately before actually causing the harm, with this state of mind to be proven by the employer, whose breach of duty (if any) must be negligible compared to that of the employee. A moment's lapse of judgment or attention or an unnecessary risk does not lead to negligence or partial liability on the part of the employee, not even if he is highly experienced.

In this regard there is a marked difference with English law, where the employee is held much more responsible for his mistakes. However, if the defence of contributory negligence is successful, it is considered to be a full defence and exonerates the employer completely. Belgian law is even stricter in this regard than Dutch law, as even a clear intent to commit suicide or self mutilation would be considered to be an expression of a mental malady and therefore not reflecting the employee's true will and intent.

5.8 *Limitation*

Dutch limitation law is divided into two parts: one for occurrences leading to personal injury or disease which took place before February 1st, 2004 and one for similar occurrences which took place after this date. In practice, limitation of employers' liability only comes into play with regard to long tail diseases, such as mesothelioma.

In the first case, it can be inferred from s. 3:30 CC that a civil claim for damages arising out of an occupational injury or disease must be brought within five years after the victim or his heirs could reasonably have first known of the damage as well as the responsible employer ('relative limitation'), but in any case no later than twenty years starting from the (last) day of harmful exposure for an occupational accident or thirty years in case of an occupational disease caused by an environmental pollutant, e.g. asbestos ('absolute limitation'). Even the thirty-year period can be stretched under certain circumstances, as it is considered to be profoundly unfair and unreasonable for an occupational asbestos victim to lose his right to damages before he even

could have known that he was entitled to it.¹¹ In such cases, one is well advised to hold the employer liable as soon as possible, preferably within six months after the diagnosis, as Dutch courts will not often stretch an 'absolute' limitation period beyond that.

If the occurrence leading to personal injury took place after February 1st, 2004, there is only a relative period of limitation which lasts five years. This was introduced after heavy criticism of the inherent unfairness of limitation law for asbestos victims; but contrary to popular belief, it obviously does not apply to the present generation of asbestos victims.

In Belgium, an employee has only three years to claim compensation, starting the day that he first developed health problems that led to his incapacity. Usually, this will be the day of an occupational accident; but this need not necessarily be the case when for instance a simple cut will lead to inflammation and, eventually, amputation of a body part. For the same reason, long tail occupational diseases do not present a problem here as the 'counting' only starts when the disease first manifests itself. Altogether, a defence of limitation is quite rare.

In England too, limitation problems occur much more seldom than in The Netherlands. The English system recognizes a limitation period of three years starting from the day after the damaging occurrence, but if a plaintiff can prove that the damage did not materialize (i.e. was not diagnosed) until a later point in time, the limitation period will only start from then. Besides which, the English judge is much freer than his Dutch colleague to dispense such fairness with regard to the limitation period as he considered justified in an individual case.

6 Part IV. A critical look at Dutch employers' liability law and social security law

6.1 Introduction

Now the main ground has been laid in the preceding parts and chapters, it is time to examine the triple question mentioned in the introduction more closely. Did the Dutch make the right choice in 1967 by deviating from a legal system of social security law based on the principle of *risque professionnel* to a system based on *risque social*? Does the current system of *risque social*

¹¹ Cf. HR 28 April 2000, NJ 2000, 430, LJN AA5635 (Van Hese/De Schelde).

comply with the ratified ILO Convention 121?² And where is Dutch employers' liability law headed to?

6.2 *The profound influence of traffic and commuting accidents*

In Part III Chapter 6 of the Dutch part of this thesis, an examination of the current developments shows where the answers to these questions lie. A wide variety of developments is considered, such as the alleged non-insurability of occupational diseases, the introduction of the claims made insurance policy, uncertainty of causality, retroactive liability, liability for mental health, long tail-diseases, the alleged rise of the claim culture, the lack of statistics on occupational accidents and diseases, etc. However, for the sake of brevity I will focus on what may well be the most important development: Dutch employers' liability for occupational accidents and diseases expanding in scope and at quite a fast rate, too. We have seen this already occur in the meaning of legislative words like employer, employee, damage and workplace. But it does not stop there: the very nature of Dutch employers' liability law appears to be changing.

A century ago, the legislator was adamant that employers' liability law would be based on fault liability rather than strict liability. This is reflected in the phrase that the employer should take all measures etc. as may *reasonably* be expected of him; there is emphatically no duty of care of an absolute nature. And while the Dutch Supreme Court ('Hoge Raad') reiterates this point time and again, since the 1990's more and more case law is cropping up – mainly, in fact, from the Supreme Court itself – which is at odds with this principle. This is becoming especially clear in cases concerning occupational motorized traffic accidents, which is a type of accident with particular characteristics. It usually takes place on the public road, away from the employer's possibility to supervise and give instructions (or to be in breach of his duty of care), while leaving the injured employee with extensive damage that is only partly covered by social security. There is a sense of injustice to this, as the employee is hurt in such cases during and in the course of his occupational duties; and yet he is expected to bear the damage himself, as if that particular circumstance makes no odds at all.

The judiciary has found several means of circumventing this outcome and laying the burden of compensation at the employer's door, even in cases where the employer is clearly not at fault for breaching any duty of care with regard to the employee's road safety. This began in 1992, when the Supreme Court accepted that the employer could be liable for such damage on the grounds

of 'reasonability and fairness', even though he was in no way at fault.¹² This decision was a first step in the direction of strict liability. It was repeated in later similar cases, some of which concerned commuting employees – a circumstance and time for which the employer usually does not carry any responsibility for at all. By 2001, an argument was found in the employer's duty ex s. 7:611 CC to act as a 'good employer' to make him cover the employee's damage.¹³ By 2002, the Supreme Court found grounds for 'reasonability and fairness' and the 'nature of the labor agreement' in the absence of an insurance to cover the injured employee's damage caused by a road accident – again while the employer was in no way to blame for the accident.¹⁴ By 2005, the single circumstance of an absence of adequate insurance was enough for an employer to be held liable for damage arising out of a traffic accident for which he was not at fault and it has remained so since.¹⁵

Nowadays, it is held to be clearly a part of the labor agreement and the employer's duty to behave as a good employer should to adequately insure his employees against the risks of traffic accidents.¹⁶ Even this scope is expanding as, only quite recently, the Supreme Court decided that the employer's duty to behave as a good employer and insure accordingly was even applicable with regard to an employee who suffered an injury while attending an office party outside her work hours.¹⁷

It would, however, put motorized employees at an unfair and even unjustifiable advantage to be insured against risks that are inherently occupational and natural to their work, while unmotorized employees and employees in the workplace are not insured against similar risks. Consider: the traditional employee will only receive compensation if the employer has breached his duty of care ex s. 7:658 CC and he has suffered damage because of this negligence, while the ambulant employee need only show that the employer has breached his duty to act as a good employer should ex s. 7:611 CC by insuring him against damage – whether or not the employer has breached any duty arising of s. 7:658 CC. While it is uncertain where this development is headed to, it would seem reasonable to assume that the case law concerning s. 7:611 CC for ambulant workers, being quite recent and therefore indicative of present legal sentiments, is unlikely to be so soon retracted. So if there is to be any

12 HR 16 October 1992, NJ 1993, 264, LJN ZCo717 (Schuitemaker/Bruinsma Tapijt).

13 HR 12 January 2001, NJ 2001, 253, LJN AA9434 (Vonk/Van der Hoeven).

14 HR 9 August 2002, NJ 2004, 235, LJN AE2113 (De Bont/Oudenallen).

15 HR 18 March 2005, JAR 2005/100, LJN AR6669 (KLM/De Kuijer).

16 HR 1 February 2008, JA 2008/52, LJN BB6175 (Maasman/Akzo Nobel) and HR 1 February 2008, JA 2008/53, LJN BB4767 (Kooiker/Taxicentrale).

17 HR 17 April 2009, JAR 2009/128, LJN BH1996 ('Rolschaatsworkshop').

sort of ‘catch-up’ in this unequal situation, this is more likely to concern and improve the legal position of the employee in the traditional workplace. All in all, when these developments are followed to their logical outcome, it is likely to end in a mandatory insurance duty to cover all employees, making the difference between fault and strict liability more theoretical than practical. Indeed, one may well ask whether this distinctive development in case law should not give the legislator good reason to consider introducing employers’ liability on the basis of a no-fault system. That would mean not merely a modernization of s. 7:658 CC but rather a complete overhaul of the entire employers’ liability system.

6.3 *ILO Convention 121 cannot be disregarded forever*

The detailed treatment of Dutch social security law was not without reason, though it may have seemed a bit off course initially. For, as has been stated before, in practice Dutch employers’ liability for occupational accidents and diseases only begins where social security for occupational accidents and diseases ends. So how well does this aspect of social security meet a critical review? The answer to this can be brief: not well at all.

As The Netherlands has ratified ILO Convention 121 in 1966, being at the time only the third country to do so, Dutch social security law regarding occupational accidents and diseases (commuting accidents included) is now covered by the stipulations of this treaty.¹⁸ Remarkably, this was only one year before the change was formally introduced from the *risque professionnel* system (Accidents Act or *Ongevallenwet*) to the *risque social* system.

The Treaty is intended to ensure that the occupationally injured and diseased workers in the ratified Member States receive social security benefits which conform to the ILO’s main principle of ‘Decent Work’. To encourage countries to ratify the treaty, its requirements are, even so, of a fairly low threshold. At present, 24 countries have ratified the treaty, including about half of Europe as well as such countries as Congo, Ecuador, Guinea, Japan, Libya, Uruguay and Venezuela. Belgium has ratified the treaty too; England has not.

At first sight there is already a glaring discrepancy between the Dutch social security system and ILO Convention 121: the first is based on a *risque social* system, while the second (and every country that has ratified it) is totally geared to a *risque professionnel* model. Provided the benefits that are granted

¹⁸ The treaty is also known as the Employment Injury Benefits Convention 1964.

to every incapacitated employee meet with the minimum requirements from the treaty, that need not be a problem. But as we shall see, they do not.

As for the public sentiment on equal treatment of all incapacitated employees that caused this major change in 1967, it appears to have gradually diminished. The present feeling in society seems to be moving towards placing responsibility and consequences for personal life choices and accidents in the private sphere (such as breaking a leg while skiing) where they belong, rather than burdening the employer with heavy financial obligations for two years. In this sense, one may wonder whether the system of *risque social* is due a reconsideration by the legislator.

There are other looming discrepancies between ILO Convention 121 and the Dutch social security system, as well. It is debatable whether a Dutch victim of an occupational injury or disease with an incapacity percentage of less than 80%, who receives the WIA benefit, will retain at least 60% of his last income before the incident that caused his damage, considering how sharply his income will eventually drop if he cannot find new work, either at his old employer's or at a new employer. Certainly this drop is difficult to reconcile with the treaty's provision in s. 14.3 that a benefit for a 'substantial' loss of earning capacity should be 'in suitable proportion' to that same loss.

One may also question whether the Dutch minimum degree of 35% labor incapacity in order to be considered incapacitated in a social security sense (WIA) after two years, is compatible with the main idea behind ILO Convention 121: protection of the worker. This minimum degree is by far the highest of all European countries which have ratified the treaty. For instance, Belgium, France, Ireland and Luxembourg all consider 1% sufficient as a minimum of incapacity; Sweden 7%; Italy 11%; Germany 20%. As the treaty does not prescribe a set minimum percentage, this means the Dutch regulation on this aspect is not directly in violation of the treaty. But it certainly is at distinct odds with the intention of the treaty.

Then there are the many demands that by social security law (WIA) are made of incapacitated employees. Many of these do not pass the scrutiny of the treaty. For instance: the WIA entails a job-search requirement, which, as ILO officials have informed Dutch civil servants of the Ministry for Social Affairs and Employment, is "contrary to the architecture of the convention".¹⁹ S. 22

19 As reported in p. 14 of an administrative note attached to a letter from Minister De Geus to the President of the House (of Representatives of the States-General) dated December 18, 2003.

of the treaty details exhaustively what additional requirements may be made of the incapacitated employee and a job-search requirement is not listed as such. The same is true for other WIA-requirements relating to e.g. the labor history of the incapacitated employee, a means test and even a means test for his partner. Such requirements are in fact expressly prohibited by s. 9.2 of the treaty.

To mention a few other discrepancies, without repeating the entire thesis: a waiting period of two years before a permanently injured or diseased employee is entitled to a WIA benefit is also clearly contrary to s. 6 of the treaty. This section entitles the employee to a social security benefit as soon as it appears probable that his partial or full incapacity will be permanent. The Dutch WIA does not specifically recognize the employee who has become injured due to a commuting accident as entitled to benefit, while according to the ratified ILO Convention 121, it should. Nor does the Dutch legislation, either in the WIA or in any other law, provide a list of prescribed diseases. Dutch occupational victims are required to pay contributions towards the health care which they need as a result of their occupational accident or disease, though the treaty expressly forbids this and the Administrative High Court (Centrale Raad van Beroep), the highest administrative judiciary office in The Netherlands, has confirmed this.

And so on and on... One may easily conclude that the WIA is not in compliance with ILO Convention 121 on many important points, either in the sense of architecture or justly plainly and literally. The Latin proverb '*Pacta servanda sunt*' comes to mind here. However, this is no news: the Dutch government is well aware of these discrepancies as they have been pointed out by ILO staff during a consultation by the aforementioned Dutch Ministry workers on the WIA in 2003. Yet none of these discrepancies have been corrected since then: they have been the subject of some debate on various governmental levels and ignored as not being 'essential' to the treaty. Be that as it may: as time wears on, the Committee of Experts of the ILO will call the Dutch State to account for having ratified Convention 121 and yet not living up to it, either concerning the letter or the architecture. While this may be played out for a while to gain time, at the end of the day the Dutch government will face an inevitable choice: either to comply with the treaty, which would mean a complete overhaul of the Labor and Income According to Labor Capacity Act 2006 (WIA), or to face a major international embarrassment for not being able to legislate minimal social security levels for occupational victims that even apply in Third World countries.

6.4 *Some thoughts on various aspects*

Returning in a very comprised manner to a critical look at some other aspects of employers' liability law for occupational accidents and diseases, there remain some obvious questions. If the expansion of this field of law is (possibly) due to decreasing benefit levels, perhaps it would make sense to up these benefits to higher levels. Though this seems a somewhat obvious suggestion, it is unlikely to either work or to be accepted by the Dutch legislator. It would not change such important contributing factors to the expanding case law as long-tail diseases, retroactive liability or the emergence of new occupational diseases. Nor is increased litigation wrong in itself: if more people wish to find justice and redress in court rather than suffer damage in silence, they are surely entitled to do so. It is what courts are for, after all.

Increasing the social security levels for a specific group, that is to say for occupational victims, may occur in order to comply with treaty law such as the aforementioned ILO Convention 121, but hardly for other reasons. In these lean economic times, one cannot expect that such a suggestion would be looked on favorably by a government that has for three decades continually lowered the levels of benefits.

Should a better registration of occupational diseases be introduced? This certainly seems desirable, with little to advocate against it. It is hard to sustain any debate on the insurability of occupational diseases without the proper data publicly available, nor can any public policy on health and safety regarding occupational diseases be adequate without the necessary knowledge of facts and figures. A prescribed list of occupational diseases would conceivably go a long way toward reaching better understanding and registration of occupational diseases.

A public guarantee fund for occupational diseases in combination with employers' immunity from employees' claims rather than recourse through employers' liability law, as is the case in Belgium, is worth looking at, too. It appears to work well in Belgium and therefore deserves some careful consideration.

Should the introduction of employers' immunity against claims by occupational victims be considered? As the Belgian system has shown, this has much to offer and is valued very highly by the Belgians; but it is also unclear what preventative advantages civil immunity has to offer on the work floor. Without wishing to appear flippant, I do feel that actual prevention of occupational accidents and diseases makes for a better cure than legislation. Yet this

is precisely where a strong Labor Inspectorate comes into its own; and indeed Belgian workplaces do not seem to be, either factually or statistically, more dangerous or unhealthy than anywhere else. Also, there is the consideration that, while the employer may be immune against claims from his employees, this need not be the case with regard to a public guarantee fund for occupational diseases.

As case law has shown, importance is increasingly attached to the employer adequately insuring his employees to a wide scope of liability arising out of the labor agreement: not only with regard to occupational injury which has undisputedly arisen in and during the employment, but also in a broader sense, such as commuting and traffic accidents and injuries resulting from corporate events. This measure would seem to bridge the painful gap between the absence of employers' liability and low social security levels, as well as the fine line that exists between fault and risk liability. Also, being able to provide full recourse to damages is fitting in a time when Dutch entrepreneurs (and insurers) wish to undertake business in a responsible way towards society.

Introducing mandatory liability insurance, as exists in England, is certainly worth a closer look by the Dutch legislator. In the thesis, I have dwelled on what kind of insurance this should be, what it would cover, etc. It is sufficient to suggest here that a direct insurance, where the employee can directly approach the insurer who has insured the employer's liability, could be considered. It is as such nothing new to The Netherlands: the Accidents Act (*Ongevallenwet*), which was abolished in 1967, was based on direct insurance. Especially in combination with a prescribed list of occupational diseases and presumptions of proof, this might go towards shortening the legal sufferings of victims of long tail diseases.

7 Conclusion

It has become apparent that Dutch employers' liability law is teetering on the brink between being outdated and desperately trying to keep up with modern developments. A simple solution to this problem would be to have the legislator modernize s. 7:658 CC thoroughly – for the first time in over a hundred years.

Further, it seems highly plausible that the considerable decrease in social security levels and the sharp drop in income with which Dutch victims of occupational accidents and diseases are confronted, necessarily drives them to litigation for lack of any other remedy - if the financial damage is big

enough. This would go far to explain the considerable increase in volume of employers' liability case law.

It is clear that, due to developments regarding traffic and commuting accidents and accidents arising out of corporate events, the Dutch employers' liability law is in a high state of transition wherein the employee at the traditional workplace is becoming increasingly disadvantaged in comparison with his ambulant colleague. As has been shown, this is likely to end in a mandatory insurance duty for the employer to cover *all* employees and may also lead to the displacement of the present liability system by a no-fault system; in effect causing not just a modernization but a complete overhaul of the entire employers' liability-based system.

Returning now to the three questions which were posed at the beginning of this chapter, the considerations which have been detailed – very briefly in this summary and much more extensively in the thesis itself – lead to these conclusions.

For the question 'Does the current Dutch system of *risque social* as laid down in the Labor and Income According to Labor Capacity Act 2006 (WIA) comply with ILO Convention 121?' the answer can only be: no, in many ways it clearly does not – but as the treaty has been ratified decades ago, it should. For treaties are made to be complied with – not to be ignored, nor to be gone directly against in many, if not almost every possible way. In time, it seems inevitable that the Dutch government will have to make obeisance to the Latin proverb '*Pacta servanda sunt*' and change the Labor and Income According to Labor Capacity Act 2006 (WIA) drastically accordingly. A new Dutch system of social security for victims of occupational accidents and diseases is likely to resemble the Belgian system in many ways, as this is a very fine reflection of ILO Convention 121.

With regard to the question 'Did the Dutch legislator make the right choice in 1967 by deviating from a legal system of social security law based on the principle of *risque professionnel* to a system based on *risque social*?', the answer must be again 'no'. In the long run, too, the system of *risque social* has not worked out particularly well either, especially as embodied in the Labor and Income According to Labor Capacity Act 2006 (WIA). Here lies a clear duty for the legislator to correct the Labor and Income According to Labor Capacity Act 2006 (WIA) in order to comply with the treaty. That is not really such a big job as one would imagine: a Bill to that effect has been prepared (and

archived) for some years now.²⁰ Not surprisingly, this Bill would base the social security for occupational victims on ... *risque professionnel*!

What remains to be answered – though the subject warrants a sea of questions – is the third question: how will Dutch employers' liability for occupational accidents and diseases develop in the future? We have seen the possibility of several changes of course that may occur, such as a fundamental change in the basic social security system from *risque social* (back again) to *risque professionnel* with all that this entails, including compliance with ILO Convention 121; a modernization of s. 7:658 CC; possibly the introduction of employers' immunity for occupational damages, etc. What does seem fairly certain is that the intertwined relation between employers' liability and insurance will grow steadily stronger still.

²⁰ This Bill is named the Extra Garantieregeling Beroepsrisico's (EGB), which may be translated as the Additional Guarantee for Occupational Risks Provision.

Bijlagen

Art. 7A:1638x oud-BW

1. De werkgever is verplicht de lokalen, werktuigen en gereedschappen, waarin of waarmede hij den arbeid doet verrichten, op zoodanige wijze in te richten en te onderhouden, alsmede omtrent het verrichten van den arbeid zoodanige regelingen te treffen en aanwijzingen te verstrekken, dat de arbeider tegen het gevaar voor lijf, eerbaarheid en goed zoover beschermd is, als redelijkerwijze in verband met den aard van den arbeid gevorderd kan worden.
2. Zijn die verplichtingen niet nagekomen, dan is de werkgever gehouden tot vergoeding der schade aan den arbeider dientengevolge in de uitoefening zijner dienstbetrekking overkomen, tenzij door hem het bewijs wordt geleverd, dat die niet-nakoming aan overmacht, of die schade in belangrijke mate mede aan grove schuld van den arbeider is te wijten.
3. Indien de arbeider, ten gevolge van het niet nakomen dier verplichtingen door den werkgever, in de uitoefening zijner dienstbetrekking zoodanig letsel heeft bekomen, dat daarvan de dood het gevolg is, is de werkgever jegens den overblijvende echtgenoot, de kinderen of de ouders van den overledene, die door zijnen arbeid plegen te worden onderhouden, verplicht tot schadevergoeding, tenzij door hem het bewijs wordt geleverd, dat die niet-nakoming aan overmacht, of de dood in belangrijke mate aan grove schuld van den arbeider is te wijten.
4. Elk beding, waardoor deze verplichtingen des werkgevers zouden worden uitgesloten of beperkt, is nietig.

Art. 7:658 BW

1. De werkgever is verplicht de lokalen, werktuigen en gereedschappen waarin of waarmee hij de arbeid doet verrichten, op zodanige wijze in te richten en te onderhouden alsmede voor het verrichten van de arbeid zodanige maatregelen te treffen en aanwijzingen te verstrekken als redelijkerwijs nodig is om te voorkomen dat de werknemer in de uitoefening van zijn werkzaamheden schade lijdt.
2. De werkgever is jegens de werknemer aansprakelijk voor de schade die de werknemer in de uitoefening van zijn werkzaamheden lijdt, tenzij hij aantoont dat hij de in lid 1 genoemde verplichtingen is nagekomen of dat de schade in belangrijke mate het gevolg is van opzet of bewuste roekeloosheid van de werknemer.

3. Van de leden 1 en 2 en van hetgeen titel 3 van boek 6, bepaalt over de aansprakelijkheid van de werkgever kan niet ten nadele van de werknemer worden afgeweken. Hij die in de uitoefening van zijn beroep of bedrijf arbeid laat verrichten door een persoon met wie hij geen arbeidsovereenkomst heeft, is overeenkomstig de leden 1 tot en met 3 aansprakelijk voor de schade die deze persoon in de uitoefening van zijn werkzaamheden lijdt.
4. De kantonrechter is bevoegd kennis te nemen van vorderingen op grond van de eerste zin van dit lid.

Literatuurlijst

A

Adviescommissie Arbeidsongeschiktheid 2001

Adviescommissie Arbeidsongeschiktheid, *Werk maken van arbeidsgeschiktheid* ('Donner II-rapport'), Den Haag: Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid 2001.

Akkermans 1997

A.J. Akkermans, *Proportionele aansprakelijkheid bij onzeker causaal verband*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1997.

Akkermans 1999

A.J. Akkermans, 'Proportionele schadevergoeding bij longkanker door asbest en/of roken', in: *Verkeersrecht* 1999 nr. 7/8, p. 193-197.

Akkermans 2002

A.J. Akkermans, *De 'omkeringsregel' bij het bewijs van causaal verband* (oratie Amsterdam UvA), Den Haag: BJU 2002.

Alt 2004

H.J.W. Alt, 'Bewijslastverdeling werkgeversaansprakelijkheid voor RSI: gelijk oversteken; een reactie', in: *ArbeidsRecht* 2004 nr. 6/7, p. 35.

Arbeidsinspectie 2007

Arbeidsinspectie, *Jaarverslag 2007*, Den Haag: Arbeidsinspectie 2007.

Asser/Hartkamp 2006 (4-III)

A.S. Hartkamp, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht; 4, Verbintenissenrecht; Deel III, De Verbintenis uit de wet*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2006.

Auty & Humphreys 2000

A. Auty en T. Humphreys (red.), *Comité Européen des Assurances, Employers liability and statutory compensation for workplace injury in Europe: a survey*, Parijs: Euro Publishing System 2000.

B

Baars, Pelgrom, Hoeymans & Van Raaij 2005

A.J. Baars, S.M. Pelgrom, F.H. Hoeymans en M.T. van Raaij, *Gezondheidseffecten en ziektelast door blootstelling aan stoffen op de werkplek – een verkennend onderzoek*, Bilthoven: RIVM 2005.

Bacharias, Lindenbergh & Mascini 2008

Y. Bacharias, S.D. Lindenbergh, P. Mascini, *Preventie van arbeidsuitval: ontwikkelingen in arbeidsomstandighedenbeleid en civiele aansprakelijkheid*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2008.

Balen, van, e.a. 1991

J. van Balen, S.G. van den Heuvel, D.J. van Putten en H.A. Smit, *De surveillance van beroepsziekten. Een onderzoek naar de mogelijkheden voor het signaleren van beroepsziekten*, Directoraat-Generaal van de Arbeid van het Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid, S 10-3, Voorburg: Directoraat-Generaal van de Arbeid van het Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid 1991.

Barentsen 2003

B. Barentsen, *Aansprakelijkheid, bescherming en compensatie*, Deventer: Kluwer 2003.

Barrie 2005

P. Barrie, *Personal Injuries law: Liability, Compensation, and Procedure*, Oxford: University Press 2005.

Bauw e.a. 1999

E. Bauw e.a., 'Naar een claimcultuur in Nederland?', in: E. Bauw en J.M. Barendrecht (red.), *Het aansprakelijkheidsrecht in de 21^e eeuw*, Deventer: Kluwer 1999.

Beck & Woolfson 2000

M. Beck en C. Woolfson, 'The regulation of health and safety in Britain: from old Labour to new Labour', in: *Industrial Relations Journal* 2000 nr. 1, p. 35-50.

Beker 1998

A. Beker, 'De zeevarende', in: *ArbeidsRecht* 1998 nr. 8/9, p. 4-8.

Bergh, van den & Faure 1990

R. van den Bergh en M.G. Faure, 'De invloed van verzekering op de civiele aansprakelijkheid: een rechtseconomische analyse', in: Vereniging voor Burgerlijk Recht, *De invloed van verzekering op de civiele aansprakelijkheid*, Preadviezen uitgebracht door de Vereniging voor Burgerlijk Recht, 1990, p. 9-53.

Bergkamp & Hanekamp 2003

L. Bergkamp en J.C. Hanekamp, 'Voorzorgsaansprakelijkheid: naar een Post-Normale Jurisprudentie?', in: *Tijdschrift voor Aansprakelijkheid Verzekering & Schade* 2003 nr. 4, p. 123-126.

Better Regulation Task Force 2004

Better Regulation Task Force, *Better Routes to Redress*, Londen: Better Regulation Task Force mei 2004.

Bier 1988

L. Bier, *Aansprakelijkheid voor bedrijfsongevallen en beroepsziekten. De civielrechtelijke aansprakelijkheid voor de aan het arbeidsmilieu gerelateerde persoonsschade* (diss. Utrecht), Deventer: Kluwer 1988.

Bier & Geers 1991

L. Bier en A.J.C.M. Geers, *Schets Arbeidsomstandighedenrecht*, Deventer: Kluwer 1991.

Bier 1995

L. Bier, *Aansprakelijkheid voor bedrijfsongevallen en beroepsziekten*, Deventer: Kluwer 1995.

Bier 1998

L. Bier, 'Aansprakelijkheid voor bedrijfsongevallen en beroepsziekten', in: *Handboek Personenschade*, Alphen aan den Rijn/Zaventem: Samsom BedrijfsInformatie december 1998.

Bier (Handboek Personenschade)

L. Bier, 'Beroepsziekten en aansprakelijkheid', in: J. Wildeboer (red.), *Handboek personenschade* (losbl.), Alphen aan den Rijn: Samsom 1999, p. 6000-7-68.

Bier 2002

L. Bier, 'De schade van de ambtenaar', in: *Verkeersrecht* 2002 nr. 12, p. 373-379.

Blanchard 1917

R. H. Blanchard, *Liability and compensation insurance. Industrial accidents and their prevention, employers' liability, workmen's compensation, insurance of employers' liability and workmen's compensation*, New York/Londen: D. Appleton and Company 1917.

Bles 1907

A.E. Bles, *De wet op de arbeidsovereenkomst. Geschiedenis der Wet van den 13den Juli 1907 (Staatsblad no. 193), tot wijziging en aanvulling van de bepalingen in het Burgerlijk Wetboek omtrent huur van dienstboden en werklieden en daarmede samenhangende artikelen in dat wetboek, alsmede in de Wetboeken van Koophandel en van Burgerlijke Regtsvordering, in de Wet op de Regterlijke Organisatie en het Beleid der Justitie, en in de Faillissementswet. Verzameling van Ontwerpen, Gewisselde Stukken, Gevoerde Beraadslagingen, enz., deel I*, Den Haag: Belinfante 1907.

Bles 1909

A.E. Bles, *De wet op de arbeidsovereenkomst. Geschiedenis der Wet van den 13den Juli 1907 (Staatsblad no. 193), tot wijziging en aanvulling van de bepalingen in het Burgerlijk Wetboek omtrent huur van dienstboden en werklieden en daarmede samenhangende artikelen in dat wetboek, alsmede in de Wetboeken van Koophandel en van Burgerlijke Regtsvordering, in de Wet op de Regterlijke Organisatie en het Beleid der Justitie, en in de Faillissementswet. Verzameling van Ontwerpen, Gewisselde Stukken, Gevoerde Beraadslagingen, enz., deel III*, Den Haag: Belinfante 1909.

Boas 1905

H.H. Boas, *De rechten der verzekerden krachtens de Ongevallenwet 1901*, Amsterdam: Blickman & Sutorius 1905.

Bolle 1990

J.M. Bolle, *De arbeidsongevallen. Wet en toepassingsbesluiten. Teksten en bespreking*. Vertaald door L. van Looock, Zutendaal (België): AXA, Luik en Vailant-Carmanne NV 1990.

Bolt & Spier 1996

A.T. Bolt en J. Spier (voor hoofdstuk 2 samen met O.A. Haazen), *De uitdijende reikwijdte van de aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad; Handelingen der Nederlandse Juristenvereniging 1996-I*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1996.

Boom & Tilanus-van Wassenauer 1995

F.J. Boom en G.M. Tilanus-van Wassenauer, 'Werkgeversaansprakelijkheid versus werknemersbescherming, hoe is de stand?' in: *Verkeersrecht* 1995 nr. 4, p. 97-100.

Boom, van & Barendrecht 2000

W.H. van Boom en J.M. Barendrecht, 'Gedrag van toen, normen van nu?', in: I. Brand, e.a., *Tijd en onzekerheid*, BW-Krant Jaarboek 16, Deventer: Gouda Quint 2000, p. 45-58.

Boom, van 2001

W.H. van Boom, 'Anticiperen op nieuwe gezondheidsrisico's', in: *Aansprakelijkheid Verzekering & Schade* 2001 nr. 1, p. 3-12.

Boom, van 2003a

W.H. van Boom, 'Waarheen leidt de weg... van werknemersschade?', in: *Tijdschrift voor Aansprakelijkheid Verzekering & Schade* 2003 nr. 1, p. 33-40.

Boom, van 2003b

W.H. van Boom, *Structurele fouten in het aansprakelijkheidsrecht* (oratie Tilburg), Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2003.

Boom, van 2004a

W.H. van Boom, 'Aansprakelijkheid van, voor en jegens vrijwilligers', in: *Tijdschrift voor Aansprakelijkheid Verzekering & Schade* 2004 nr. 5, p. 191-198.

Boom, van 2004b

W.H. van Boom, 'Waarom moet de werkgeversaansprakelijkheid er aan geloven?', in: *Tijdschrift voor Vergoeding Personenschade* 2004 nr. 1, p. 1-2.

Boom, van 2006a

W.H. van Boom, 'Oublié d'assurer, obligé de compenser? Enige opmerkingen over aansprakelijkheid van de werkgever wegens het niet verzekeren van zijn werknemer', in: N. van Tiggele-Van der Velde, J.G.C. Kamphuisen en B.K.M. Lauwerier (red.), *De Wansink-bundel. Van draden en daden*, Deventer: Kluwer 2006, p. 61-72.

Boom, van 2006b

W.H. van Boom, 'Annotatie bij HR 11-11-2005, Co4/253HR', in: *Jurisprudentie Aansprakelijkheidsrecht* 2006 nr. 1, nr. 11, p. 15-19.

Boom van, Van Kooten & Schneider 2008

W.H. van Boom, G.N. van Kooten en P.L.M. Schneider, 'Compensatie van verkeersletsel van werknemers: wat is een behoorlijke verzekering?', in *Arbeidsrechtelijke Annotaties* 2008 nr. 2, p. 43-60.

Boom, van 2009

W.H. van Boom, 'Verjaring mesothelioomclaims doorbroken', in: *Tijdschrift voor Aansprakelijkheid & Verzekering* 2000 nr. 3/46, p. 55-69.

Boonekamp (Schadevergoeding)

R.J.B. Boonekamp, in: A.R. Bloembergen (red.), *Schadevergoeding*, Deventer: Kluwer (losbl.).

Bos-van den Berg 2000

E. Bos-van den Berg, 'Werkgeversaansprakelijkheid. Ktr. Breda 12 mei 1999, zaak-nr. 116318\CV\98-4616 en Rb. Breda 16 mei 2000, rol.nr. 75019/HA ZA 99-1257', in: *Tijdschrift voor Vergoeding Personenschade* 2000 nr. 4, p. 109-111.

Boven 1993

J.H.K. Boven, 'Door bedrijfsongevallen getroffen personen 1989', in: *Maandbericht gezondheidshuisstatistiek*, Voorburg: CBS 1993 nr. 8, p. 26-33.

Brinkkemper 2009

W. Brinkkemper, 'Van arbeidsongeval tot beroepsincident', in: *ArbeidsRecht* 2009 nr. 1, p. 14-18.

Broek, van den 2006

P. van den Broek, 'Hoe bewust en hoe roekeloos handelt de bewust roekeloze werknemer? Bespreking van twee recente arresten over 'bewuste roekeloosheid' in de zin van de artikelen 7:658, 7:611 en 6:170 BW', in: *Tijdschrift voor Vergoeding Personenschade* 2006 nr. 2, p. 38-45.

Brugmans 1975

I.J. Brugmans, *De arbeidende klasse in Nederland gedurende de negentiende eeuw 1813-1870*, Utrecht: Het Spectrum 1975.

Brunink & De Winter 1999

H.J.G. Brunink en R.M. de Winter, 'Is privé echt privé?', in: *ArbeidsRecht* 1999 nr. 6/7, p. 30-35.

Burdorf e.a. 1997

A. Burdorf, J.J. Barendregt, P.H.J.J. Swuste, D.J.J. Heederik, *Schatting van asbest-gerelateerde ziekten in de periode 1996-2030 door beroepsmatige blootstelling in het verleden*, Den Haag: Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid 1997.

C

Cane 2006

P. Cane (ed.), *Atiyah's Accidents, Compensation and the Law*, Cambridge: University Press 2006.

Cawthon 1997

E.A. Cawthon, *Job accidents and the law in England's early railway age: origins of employer liability and workmen's compensation*, vol. 43 in de serie 'Studies in British History', Lewiston/Queenston/Lampeter: The Edwin Mellen Press Ltd. 1997.

Charlier 2008a

L.E.M. Charlier, 'De aansprakelijkheid, de bewijslastverdeling en de State of the Art in RSI-zaken: het breder perspectief' in: Letsel & Schade 2004 nr. 2, p. 12-22.

Charlier 2008b

L.E.M. Charlier, 'Het bewijs in beroepsziektezaken' in: Letsel & Schade 2008 nr. 3, p. 5-21.

Charlier 2008c

L.E.M. Charlier, 'Tien jaar Convenant Asbestslachtoffers: een trieste balans', in: Nederlands Juristenblad 2008 nr. 30, p. 1857-1861.

Chlepner 1972

B.S. Chlepner, *Cent ans d'histoire sociale en Belgique*, Brussel: Ed. Univ. Brux. 1972

Clausing 1964

B. Clausing, 'Aansprakelijkheid van werkgever en derden, in het bijzonder tegen de ongevalsgetroffenen in de Ongevallenwet 1921 en in het ontwerp WAO' in: Sociaal Maandblad Arbeid 1964 nr. 6, p. 407-408.

Collender 2001

A. Collender, 'Law of vicarious liability extended', in: All England Legal Opinion, juli 2001, p. 1-2.

Commissie Buurmeijer 1993

Commissie Buurmeijer, *Rapport parlementaire enquête uitvoeringsorganen sociale verzekeringen*, Den Haag: SDU Uitgevers 1993.

Commissie Cort Van der Linden III 1894

Commissie Cort Van der Linden III, *Veiligheid. Orgaan der Nederlandsche Vereeniging tot voorkoming van ongelukken in fabrieken en werkplaatsen*, Amsterdam: Nederlandsche Vereeniging tot voorkoming van ongelukken in fabrieken en werkplaatsen 1894.

Commissie van de Europese Gemeenschappen 2000

Commissie van de Europese Gemeenschappen, *Mededeling van de Commissie over het verzorgsbeginsel*, Brussel: Europese Commissie 2 februari 2000, Com (2000) 1 definitief.

Commissie van de Europese Gemeenschappen 2003

Commissie van de Europese Gemeenschappen, *Aanbeveling van de Commissie van 19 september 2003 betreffende de Europese lijst van beroepsziekten*, Brussel: Europese Commissie 19 september 2003, Com (2003) 3297 definitief.

- Commissie fundamentele herbezinning Wet sociale werkvoorziening 2008
 Commissie fundamentele herbezinning Wet sociale werkvoorziening, *Werken naar vermogen*, Den Haag: Ministerie SZW 2008.
- Commissie Van Rhijn II 1945
 Commissie Van Rhijn, *Rapport van de Commissie, ingesteld bij Beschikking van de Minister van Sociale Zaken van 26 maart 1943, met de opdracht algemeene richtlijnen vast te stellen voor de toekomstige ontwikkeling der sociale verzekering in Nederland. Deel II: Algemene richtlijnen voor de toekomstige ontwikkeling der sociale verzekering in Nederland*, Den Haag: Algemeene Landsdrukkerij 1945.
- Coppens 2009
 M. Coppens, *Handboek Sociaal Recht*, Gent: Story Publishers 2009.
- Cordy 1967
 A. Cordy, 'De grote ontwikkelingsstadia van de sociale wetgeving (1866-1966)', in: *Belgisch tijdschrift voor sociale zekerheid* 1967 nr. 6/7, p. 929-951.
- Cotter & Bennet 2008
 B. Cotter en D. Bennet, *Munkman on Employer's Liability*, Chippenham: Lexis-Nexis 2008.
- Crémer 1964
 R. Crémer, 'De mutualistische beweging in België', in: *Belgisch tijdschrift voor sociale zekerheid* 1964 nr. 1, p. 12-137.

D

- Dam, van 2000a
 C.C. van Dam, *Aansprakelijkheidsrecht: Een grensoverschrijdend handboek*, Den Haag: BJU 2000.
- Dam, van 2000b
 C.C. van Dam, 'De reikwijdte van de nieuwe werkgeversaansprakelijkheid. Meer zekerheid over het flexibele artikel 7:658 lid 4 BW', in: *Verkeersrecht* 2000 nr. 2, p. 43-44.
- Departmental Committee on Workmen's Compensation 1922
 Departmental Committee on Workmen's Compensation, *Report to the Secretary of State by the Department Committee Appointed to Inquire Into the System of Compensation for Injuries to Workmen*, Londen: Her Majesty's Stationary Office, 1922.
- Department of Trade and Industry 1994a
 Department of Trade and Industry, *Deregulation: Cutting red Tape*, Londen: Her Majesty's Stationary Office 1994.
- Department of Trade and Industry 1994b
 Department of Trade and Industry, *Thinking About Regulating: A Guide To Good Regulation*, Londen: Her Majesty's Stationary Office 1994.

Didde 1994

R. Didde, *Beroepsziekten, vroeger en nu: veranderde risico's in acht beroepen*, Amsterdam: NIA 1994.

Dijk, van 1998

Chr.H. van Dijk, 'Bewijslastverdeling bij werkgeversaansprakelijkheid, Rechtbank 's-Gravenhage 29 oktober 1997', in: *Letsel & Schade* 1998 nr. 1, p. 14.

Dijk, van 2000

Chr.H. van Dijk, 'Werkgeversaansprakelijkheid, een stand van zaken', in: *Tijdschrift voor Vergoeding Personenschade* 2002 nr. 1, p. 4-13.

Dijk, van 2009

Chr.H. van Dijk, 'Aansprakelijkheid wegens schending van de zorgplicht ex art. 7:611 BW', in: *PIV-Bulletin* juni 2009, p. 10-14.

Dijk, van & Van Osch 2008

T.J.J. van Dijk en N.J. van Osch, 'Convenant Instituut Asbestslachtoffers tien jaar later', in: *Verkeersrecht* 2008 nr. 12, p. 378-380.

Dilnot, Kay & Morris 1991

A.W. Dilnot, J.A. Kay en C.N. Morris, *The reform of social security*, Oxford: Clarendon Press 1991.

Dommering-Van Rongen 1993

L. Dommering-Van Rongen, 'Stelplicht en bewijslast bij arbeidsongevallen', in: *Personenschade door bedrijfsongevallen: aansprakelijkheid en afwikkeling: inleidingen, gehouden op het symposium van de Vereniging van Letselschade Advocaten 1993*, Lelystad: Koninklijke Vermande 1993, p. 15-27.

Dommering-Van Rongen 1995

L. Dommering-van Rongen, 'Aansprakelijkheid van de werkgever voor toetsenbordletsel ('Repetitive Strain Injury')', in: *Tijdschrift voor Aansprakelijkheid & Verzekering* 1995 nr. 2, p. 27-30.

Dongen, van 1995

H.J.W. van Dongen, 'Schets van de regeling tot schadevergoeding van beroepsziekten in Nederland, België, Duitsland en het Verenigd Koninkrijk', in: M.G. Faure en T. Hartlief (red.), *Verzekering en de groeiende aansprakelijkheidslast. Een juridisch, gezondheidkundig en economisch onderzoek naar ontwikkelingen met betrekking tot de aansprakelijkheidslast en de consequenties voor verzekeraars naar aanleiding van de werkgeversaansprakelijkheid voor bedrijfsongevallen en beroepsziekten*, Deventer: Kluwer 1995, p. 87-113.

Driessen 1997

M. Driessen, 'Pemba: afgod, paradijs of gewoon een privaatput', in: *Tijdschrift Sociaal Recht* 1997, p. 312-317.

Drongelen, van 1989

J. van Drongelen, 'Nogmaals fabriek of werkplaats: Arbeidswet 1919, Veiligheidswet 1934, Arbeidsomstandighedenwet', in: *Sociaal Maandblad Arbeid* 1989 nr. 9, p. 486-493.

Drucker 1887

H.L.Drucker, 'Eenige opmerkingen naar aanleiding der jongste literatuur over het arbeidscontract', in: *Rechtsgeleerd Magazijn* 1887 deel VI, p. 48-49.

Dunné, van 1994

J.M. van Dunné (red.), *Asbest en aansprakelijkheid*, Arnhem: Gouda Quint 1994.

Dunné, van 1995

J.M. van Dunné, Psychisch letsel als vorm van schade, in: *Bijzonder letsel. Inleidingen gehouden op het symposion van de vereniging van Letselschade Advocaten*, Lelystad: Vermande, 1995, p. 51-67.

Dunné, van 2002

J.M. van Dunné, 'Verjaring van aansprakelijkheid. Recente ontwikkelingen op het gebied van latente schade, zoals asbestziekten. Deel I', in: *Tijdschrift voor Milieuschade en Aansprakelijkheidsrecht* 2002 nr. 5, p. 119-129.

Dunné, van 2003

J.M. van Dunné, 'Ruime opvatting van alternatieve causaliteit: als kans op veroorzaking van gehele schade. Amerikaanse toestanden? HR 31 januari 2003, RvdW nr 30, Drewel c.s. - AMEV Schadeverzekering N.V.', in: *Arbeidsrechtelijke Annotaties* 2003 nr. 10, p. 765-772.

E

Eeckhoutte, van 1996

W. van Eeckhoutte (ed.), *De grote arresten van het Hof van Cassatie in sociale zaken gewezen op conclusie em. procureur-generaal H. Lenaerts*, Antwerpen-Apeldoorn: MAKLU 1996.

Eeckhoutte, van 2000

W. van Eeckhoutte, *Socialezekerheidsrecht 1999-2000*, Antwerpen: Kluwer rechtswetenschappen 2000.

Engelhard & Verheyden 1934

J.L.F. Engelhard en A.W. Verheyden, *De overeenkomsten tot het verrichten van arbeid*, Leiden: Handelswetenschappelijke Bibliotheek 1934.

Eshuis 2003

R.J.J. Eshuis, *Claims bij de rechtbank*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2003.

Eva & Oswald 1981

D. Eva en R. Oswald, *Health and safety at work*, Londen: Pan Books 1981.

F

Faure & Hartlief 1995

M.G. Faure en T. Hartlief (red.), *Verzekering en de groeiende aansprakelijkheidslast. Een juridisch, gezondheidskundig en economisch onderzoek naar ontwikkelingen met betrekking tot de aansprakelijkheidslast en de consequenties voor verzekeraars naar aanleiding van de werkgeversaansprakelijkheid voor bedrijfsongevallen en beroepsziekten*, Deventer: Kluwer, 1995.

Faure 1996

M.G. Faure, 'Beschouwingen over beschermde slachtoffers, vrijgevege rechters en zuchtende verzekeraars', in: *Nederlands Juristenblad* 1996 nr. 32, p. 1227-1235.

Faure & Hartlief 1996

M.G. Faure en T. Hartlief, 'Ontwikkelingen in de werkgeversaansprakelijkheid voor beroepsziekten: aanleiding voor een nieuwe AVB-polis?', in: *Tijdschrift voor Aansprakelijkheid & Verzekering* 1996 nr. 6, p. 140-151.

Faure 1998

M.G. Faure, 'Is aansprakelijkheid met "terugwerkende kracht" efficiënt en verzekeraar?', in: *Tijdschrift voor Aansprakelijkheid & Verzekering* 1998 nr. 1, p. 1-11.

Faure & Hartlief 1998

M.G. Faure en T. Hartlief, 'Verzekering en financiering van beroepsziekten: enkele tips voor de SER', in: *Nederlands Juristenblad* 1998 nr. 25, p. 1135-1142.

Faure & Hartlief 1999

M.G. Faure en T. Hartlief, 'Enkele opmerkingen naar aanleiding van de brief van het kabinet over de claimcultuur', in: *Tijdschrift voor Aansprakelijkheid & Verzekering* 1999 nr. 4, p. 75-84.

Faure & Hartlief 2002

M.G. Faure en T. Hartlief, *Nieuwe risico's en vragen van aansprakelijkheid en verzekering*, Deventer: Kluwer 2002.

Federale Overheidsdienst Werkgelegenheid, Arbeid en Sociaal Overleg 2004

Algemene Directie Humanisering van de Arbeid, *Evaluatieverslag. Wet van 11 juni 2002 betreffende de bescherming tegen geweld, pesterijen en ongewenst seksueel gedrag op het werk* Brussel: FOD 2004.

Fillet 1985

L.J. Fillet, 'Gedeelde smart, halve smart: de elastieken regel van art. 1638x leden 2 en 3 BW', in: *Sociaal Maandblad Arbeid* 1985 nr. 5, p. 350-361.

Fischer 1993

P.I.M. Fischer, 'Waarom verhalen werknemers na een arbeidsongeval de geleden schade niet op hun werkgever?', in: *Recht der Werkelijkheid* 1993 nr. 1, p. 25-51.

Fitzpatrick 1999

B. Fitzpatrick, 'UK Implementation of Directive 89/391/EEC on the introduction of measures to encourage improvements in the safety and health of workers at work', in: *Zeitschrift für ausländisches und internationales Arbeits- und Sozialrecht* (ZIAS), 1999 nr. 1, p. 119-129.

Freedland, Deakin & Nolan 1995

M.R. Freedland, S. Deakin en D. Nolan, 'Recovering Damages for Psychiatric Injury at Work', in: *Industrial Law Journal* 1995, p. 280-284

Frenk 1996

N. Frenk, 'Nieuwe regeling van de aansprakelijkheid voor bedrijfsongevallen en beroepsziekten', in: *Tijdschrift voor Aansprakelijkheid & Verzekering* 1996 nr. 4, p. 81.

Frenk 1999

N. Frenk, 'De directe verzekering als vervanging van aansprakelijkheid', in: *Nederlands Juristenblad* 1999 nr. 32, p. 1547-1554.

Frenk 2004

N. Frenk, 'Herijking van de vermogensrechtelijke karakteristieken van het recht op smartengeld', in: *Nieuwsbrief BW* 2004 nr. 5, p. 62-65.

G

Gaillard & Jacobs 2003

A.W.K. Gaillard en I.D. Jacobs, *Stress, productiviteit en gezondheid*, Amsterdam: Uitgeverij Nieuwezijds 2003.

Geers 1988

A.J.C.M. Geers, *Recht en humanisering van de arbeid*, Deventer: Kluwer 1988.

Geers 2001

A.J.C.M. Geers, 'Werkgeveraansprakelijkheid voor psychische schade', in: M. Faure en T. Hartlief (red.), *Schade door arbeidsongevallen en nieuwe beroepsziekten*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2001, p. 19-30.

Genderen, van e.a. 2004

D.M. van Genderen e.a., *Arbeidsrecht in de praktijk*, Den Haag: SDU Uitgevers 2004.

Gezondheidsraad 2006

Gezondheidsraad, *Betekenis van nanotechnologieën voor de gezondheid*, Den Haag: Gezondheidsraad 2006.

Giesen 2001

I. Giesen, 'Normering van schadevergoeding in Engeland: een les voor Nederland?', in: *Nederlands Juristenblad* 2001 nr. 3, p. 120-123.

Gorissen & Schröer 1995

A.A. Gorissen en C.A.P. Schröer, 'Omvang beroepsziekten en arbeidsongevallen in Nederland. Een schatting op basis van Belgische en Duitse gegevens', in: M.G. Faure en T. Hartlief (red.), *Verzekering en de groeiende aansprakelijkheidslast. Een juridisch, gezondheidskundig en economisch onderzoek naar ontwikkelingen met betrekking tot de aansprakelijkheidslast en de consequenties voor verzekeraars naar aanleiding van de werkgeversaansprakelijkheid voor bedrijfsongevallen en beroepsziekten*, Deventer: Kluwer 1995, p. 115-172 (inclusief bijlagen).

Gossum, Van & Van Molle 1991

L. Van Gossum en J. van Molle, *Arbidsongevallen*, Deurne (België): MIM 1991.

Gossum, Van 2002

L. Van Gossum, 'De verzekering tegen arbeidsongevallen: een eeuw van toekomst', in: De Verz., *Arbidsongevallen – een eeuw van toekomst*, in: Bulletin des Assurances, Dossier nr. 8, Antwerpen: Kluwer 2002.

Goudswaard 2000

K.P. Goudswaard, 'De opmars van particuliere verzekeraars bij de dekking van sociale risico's', in: T. Hartlief en M.M. Mendel (red.), *Verzekering en maatschappij*, Deventer: Kluwer 2000, p. 435-451.

Greven 1887

H.B. Greven, "Is het wenschelijk, ten bate der arbeiders dwangverzekering in te voeren, voor zover betreft de gevolgen van ongelukken in de uitoefening van het bedrijf ondervonden?'(preadvies Nederlandsche Juristen Vereniging 1887), in: *Handelingen NJV 1887-I*, Den Haag: Belinfante 1887.

Grinten, van der 1966

W.C.L. van der Grinten, 'De goede werkgever en de goede arbeider', in: W.F. de Gaay Fortman, P.A.J.M. Steenkamp, G.M.J. Veldkamp, *Hedendaags arbeidsrecht: opstellen aangeboden aan Prof. Mr. M.G. Levenbach ter gelegenheid van zijn aftreden als hoogleraar in het arbeidsrecht en het orderingsrecht aan de Universiteit van Amsterdam*, Alphen aan den Rijn: Samsom 1966.

H

Haazen & Spier 1995

O.A. Haazen en J. Spier, 'Commentaar op het rapport 'Verzekering en de groeiende aansprakelijkheidslast', in: Tijdschrift voor Aansprakelijkheid & Verzekering 1995 nr. 6, p. 141-148.

Haazen & Spier 1996

O.A. Haazen en J. Spier, 'Amerikaanse toestanden en de nieuwe aansprakelijkheidsverzekering voor bedrijven en beroepen', in: Nederland Juristenblad 1996 nr. 1, p. 45-50.

Haley 1978

B. Haley, *The Healthy Body and Victorian Culture*, Cambridge: Harvard University Press, 1978.

Hammond, Selikoff & Seidman 1979

E.C. Hammond, I.J. Selikoff en H. Seidman, 'Asbestos exposure, cigarette smoking and death rates', in: *Annals of the New York Academy of Sciences* 1979;330:473-490.

Hansoul 1970

Ph. Hansoul, 'De oorsprong en de ontwikkeling van de Voorzorgsfondsen voor mijnwerkers', in: *Belgisch Tijdschrift voor Sociale Zekerheid* 1970, nr. 4, p. 571-573.

Hartlief & Tjittes 1990

T. Hartlief en R.P.J.L. Tjittes, 'De aansprakelijkheid voor bedrijfsongevallen en -ziekten: recente ontwikkelingen met betrekking tot tewerkstelling en bewijslast', in: *Tijdschrift voor Sociaal Recht* 1990 nr. 10, p. 282-288.

Hartlief & Spier 1994

T. Hartlief en J. Spier, 'Verzekering en aansprakelijkheid met "terugwerkende kracht"', in: *Tijdschrift voor Aansprakelijkheid & Verzekering* 1994 nr. 2, p. 27-33.

Hartlief 1996

T. Hartlief, 'Sport en aansprakelijkheid', in: *Nederlands Tijdschrift voor Burgerlijk Recht* 1996 nr. 2, p. 61-62.

Hartlief 1997a

T. Hartlief, 'Van art. 7A:1638x naar 7:658 BW. Beantwoordt de regeling van de aansprakelijkheid van de werkgever nog aan de noden van deze tijd?', in: S.C.J.J. Kortmann, N.E.D. Faber, A.A. van Rossum, H.L. E. Verhagen (red.), *Onderneming en 5 jaar nieuw burgerlijk recht*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1997, p. 495-509.

Hartlief 1997b

T. Hartlief, 'Eigen schuld en letselschade', in: J. ten Kate, R.J.P. Kottenhagen, A.I.M. van Mierlo en J.H. Wansink (red.), *Miscellanea Jurisconsulto vero Dedicata*, Deventer: Kluwer 1997, p. 129-142.

Hartlief 1997c

T. Hartlief, *Eenieder draagt zijn eigen schade* (oratie Leiden), Deventer: Kluwer 1997.

Hartlief 1999

T. Hartlief, 'Stichting Reclassering Nederland/X', in: *Ars Aequi* 1999 nr. 4, p. 278-290.

Hartlief 2000

T. Hartlief, 'Het verzekeringsargument in het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht', in: T. Hartlief en M.M. Mendel (red.), *Verzekering en maatschappij*, Deventer: Kluwer 2000, p. 373-395.

Hartlief 2001a

T. Hartlief, 'Stress en de verhouding tussen art. 7:658 en 7:611 BW', in: *Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie* 2001 nr. 6471, p. 1067-1068.

Hartlief 2001b

T. Hartlief, 'De aansprakelijkheid van de werkgever voor verkeersongevallen', in: Tijdschrift voor Aansprakelijkheid Verzekering & Schade 2001 nr. 1, p. 37-42.

Hartlief 2002a

T. Hartlief, 'Werkgeversaansprakelijkheid: het bereik van en de verhouding tussen art. 7:658 en 7:611 BW', in: Rechtsgeleerd Magazijn Themis 2002 nr. 2, p. 67-83.

Hartlief 2002b

T. Hartlief, 'Kroniek aansprakelijkheidsrecht- en schadevergoedingsrecht', in: Nederlands Tijdschrift voor Burgerlijk Recht 2002 nr. 9, p. 460-478.

Hartlief 2003

T. Hartlief, 'Vonk/Van der Hoeven, het einde van art. 7:658 BW en de terugkeer naar de Ongevallenwet', in: Tijdschrift voor Aansprakelijkheid Verzekering & Schade 2003 nr. 1, p. 3-13.

Hartlief, Hijma & Snijders 2009a

T. Hartlief, J. Hijma en H.J. Snijders, *Stelplicht en bewijslast voor aansprakelijkheid voor het Instituut Asbestslachtoffers*, Den Haag: Instituut Asbestslachtoffers 2009.

Hartlief, Hijma & Snijders 2009b

T. Hartlief, J. Hijma en H.J. Snijders, 'Over verjaringsperikelen in de bemiddelingspraktijk van het Instituut Asbestslachtoffers', in: Nederlands Juristenblad 2009 nr. 25, p. 1554-1559.

Hasson 1974

R. Hasson, 'The Employers' Liability (Compulsory) Insurance Act – A Broken Reed', in: Industrial Law Journal 1974 nr. 2, p. 79-87.

Health and Safety Executive 1995

Health and Safety Executive, *Stress at Work: A guide for employers*, Sudbury: HSE Books 1995.

Heerma van Voss 1999

G.J.J. Heerma van Voss, *Goed werkgeverschap als bron voor vernieuwing van het arbeidsrecht*, Vereniging voor Arbeidsrecht, Kluwer: Deventer 1999.

Heerma van Voss 2007

G.J.J. Heerma van Voss, 'Schadevergoeding en goed werkgeverschap: over het gat in de aansprakelijkheidsregeling van het arbeidsrecht', in: ArbeidsRecht 2007 nr. 8/9, p. 15-23.

Hendrix 2000

L.G.J. Hendrix, 'Onmiddellijke werking van art. 7:658 BW. Hoge Raad 10 december 1999, RvdW 1999, 199c', in: Bedrijfsjuridische berichten 2000 nr. 3, p. 25-27.

Hepple & Matthews 1991

B.A. Hepple en M.H. Matthews, *Tort: Cases and Materials*, Londen/Dublin/Edinburgh: Butterworths 1991.

Hoffmans 1989

J.G.F.M. Hoffmans, *Veranderingen in de sociale zekerheid: op weg naar een geprivatiseerd stelsel?*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1989.

Houben 2006

E.J. Houben, 'Schadevergoeding bij zuiver psychisch letsel', in: *Arbeidsrecht* 2006 nr. 2, p. 31-36.

Houtman, Schaufeli & Taris 2000a

I.L.D. Houtman, W.B. Schaufeli en T. Taris, *Psychische vermoeidheid en werk: cijfers, trends en analyses*, Alphen aan den Rijn: Samsom 2000.

Houtman, Schaufeli & Taris 2000b

I.L.D. Houtman, W.B. Schaufeli en T. Taris, 'Risicogroepen en risicofactoren van burn-out', in: *Tijdschrift voor bedrijfs- en verzekeringsgeneeskunde* 2000 nr. 5, p. 123-129.

Houweling 2009

A.R. Houweling, 'Werkgeversaansprakelijkheid in geval van werkgerelateerde verkeersongevallen. Hoge Raad 12 december 2008, JAR 2009/15, JIN 2009/82', in: *Arbeidsrechtelijke Annotaties* 2009 nr. 8, p. 20-37.

I

Incomes Data Services 2001

Incomes Data Services, *Sick pay schemes*, Old Woking (Engeland): The Gressham Press 2001.

Industrial Injuries Advisory Council (IIAC) 1993

Industrial Injuries Advisory Council, *Periodic Report 1993*, Londen: Her Majesty's Stationery Office 1993.

Industrial Injuries Advisory Council (IIAC) 1995a

Industrial Injuries Advisory Council, *European Commission Recommendation - Occupational Diseases*, Position Paper nr. 8, Londen: Her Majesty's Stationery Office 1995.

Industrial Injuries Advisory Council (IIAC) 1995b

Industrial Injuries Advisory Council, *Coverage under the Industrial Injuries Scheme for injury by "process"*, Londen: Her Majesty's Stationery Office 1995.

Industrial Relations Services (IRS) 1996

Industrial Relations Services, 'Small Firms Demand Safety Deregulation', in: *Health and Safety Bulletin* 1996 nr. 8, Londen: Industrial Relations Services 1996, p. 244.

J

Jacobs 1997

A.T.J.M. Jacobs, *Veranderend socialezekerheidsrecht*, Lelystad: Vermande 1997.

Jansen 1997

P.J. Jansen, 'Het Schattingsbesluit WAO en maatmaninkomen, actualiseren of indexeren?', in: *Rechtshulp* 1997 nr. 6/7, p. 2-12.

Jansen & Loonstra 2006a

C.J.H. Jansen en C.J. Loonstra, 'Inhoud, stelplicht en bewijslast bewuste roekeloosheid', in: *Arbeidsrechtelijke Annotaties* 2006 nr. 1, p. 46-63.

Jansen & Loonstra 2006b

C.J. H. Janssen en C.J. Loonstra, 'De zorgplicht van de werkgever op grond van art. 7:658 BW. HR 11 november 2005, JAR 2005/287 (Bayar/Wijnen Groothandel in Vlees BV)', in: *Arbeidsrechtelijke Annotaties* 2006 nr. 3, p. 101-113.

Jaspers 2001

A.Ph.C.M. Jaspers, F.M. Noordam, W.J.H. van Oorschot e.a. (red.), 'De politiek en de sociale verzekering', in: *De gemeenschap is aansprakelijk... Honderd jaar sociale verzekering 1901-2001*, Lelystad: Vermande 2001.

Jones 2000

S. Jones, *Social Security and Industrial Injury*, in: N. Harris (red.), *Social security law in context*, Oxford: University Press 2000, p. 461-494.

Jongens 2001

C.C. Jongens, 'CRvB 22 juni 2000, rolno. 98/5657 AW', in: *Tijdschrift voor Vergoeding Personenschade* 2001 nr. 1, p. 13-15.

Jongens 2002

C.C. Jongens, 'Civiele bescherming ambtenaar nog niet volledig', in: *Nieuwsbrief Personenschade* 2002 nr. 7/8 2002, p. 2-5.

Jorens 2004

Y. Jorens, '100 jaar Arbeidsongevallenwet. De immuniteit van de werkgever bij arbeidsongevallen: een rechtsvergelijkende analyse', in: *Belgisch Tijdschrift voor Sociale Zekerheid* 2004 nr. 3, p. 551-575.

K

Kalshoven 1999

E.M. Kalshoven, 'Aansprakelijkheid werkgever voor ongevallen in de privé-situatie', in: *Nieuwsbrief Personenschade* 1999 nr. 3, p. 2-3.

Kamp 1996

P.A.J. Kamp, 'First party verzekering, een first class oplossing?', in: *Verzekeringsrechtelijke berichten* 1996 nr. 5, p. 59-60.

Kamp 1997

P.A.J. Kamp, 'Interventie', in: *Verslag over De uitdijende reikwijdte van de aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad, HNJV 1996-II*, Deventer: Kluwer 1997, p. 36-37.

Kampen, van & MacLean 2006

T.A. van Kampen en M. MacLean, 'Proportionaliteit: verdeling van aansprakelijkheid of van schade?', in: *PIV-Bulletin* 2006 nr. 4.

Keirse 2003

A.L.M. Keirse, *Schadebeperkingsplicht. Over eigen schuld aan de omvang van de schade*, Deventer: Kluwer, 2003

Keirse 2007

A.L.M. Keirse, 'Wie is er bang voor nieuwe risico's?', in: A.L.M. Keirse e.a., *Nieuwe risico's, nieuwe claimgebieden: inleidingen gehouden op het symposium van de Vereniging van Letselschade Advocaten*, Den Haag: SDU 2007, p. 1-22.

Kieviet & Pennings 1996

M.P.J. Kieviet en F.P.L. Pennings, 'Ontwikkelingen in de rechtspositie van uitkeringsgerechtigden in het arbeidsongeschiktheids- en werkloosheidsrecht', in: *Sociaal Recht* 1996 nr. 11, p. 300-305.

Kind, van der 2000

O. van der Kind, 'De Centrale Raad van Beroep en arbeidsongevallen. Bij nader inzien...', in: *Arbeidsrecht* 2000 nr. 11, p. 13-16.

Klaassen 2000

C.J.M. Klaassen, 'Arbeidsongeval; stelplicht en bewijslast. HR 17 november 2000, RvdW 2000, 230 (Nederlandse Unilever Bedrijven BV/H.J. Dikmans)', in: *Tijdschrift voor Aansprakelijkheid Vergoeding & Schade* 2001, p. 24-26.

Klaassen 2007

C.J.M. Klaassen, 'Proportionele aansprakelijkheid: een goede of kwade kans?', in: *Nederlands Juristenblad* 2007 nr. 22, p. 1346-1362.

Kloss 2005

D. Kloss, *Occupational Health Law*, Chichester: Blackwell Publishing 2005.

Klosse & Vonk 2000

S. Klosse en G. Vonk, 'De betekenis van het recht voor de toekomst van de sociale zekerheid', in: S. Klosse (red.), *Sociale Zekerheid: een ander gezichtspunt; toekomstperspectief vanuit vier disciplines*, Brugge: Die Keure 2000, p. 189-248.

Klosse 2001

S. Klosse, 'Schadevergoeding via sociale zekerheid en aansprakelijkheidsrecht: Communicerende vaten?', in: M. Faure en T. Hartlief, *Schade door arbeidsongevallen en nieuwe beroepsziekten*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2001, p. 1-18.

Klosse 2003

S. Klosse, 'Vergoeding als noodverband?', in: *Tijdschrift voor Aansprakelijkheid Vergoeding & Schade* 2003 nr. 1, p. 25-33.

Klosse 2006

S. Klosse, 'WIA: prikkel tot werk of tot een toenemend gebruik van het aansprakelijkheidsrecht?', in: *Tijdschrift voor Aansprakelijkheid Vergoeding & Schade* 2006 nr. 5, p. 139-148.

Kortmann 2006

J.S. Kortmann, 'Karamus/Nefalit: proportionele aansprakelijkheid? Aansprakelijkheid voor longkanker na asbestblootstelling in het licht van HR 31 maart 2006, RvdW 2006, 328 (Karamus/Nefalit)', in: *NJB* 2006 nr. 26, p. 1404-1412.

Kottenhagen 1998

R.P.J. Kottenhagen, 'Vergoeding van immateriële schade; een rechtsgebied in stroomversnelling?', in: Nederlands Tijdschrift voor Burgerlijk Recht 1998 nr. 5, p. 137-142.

Krispijn & Oskam 2008

A.E. Krispijn en P. Oskam, 'Werkgeveraansprakelijkheid. Brengt de recente rechtspraak ons een stap verder?', in: Tijdschrift voor Vergoeding Personenschade 2008 nr. 3, p. 83-96.

Kronenburg-Willems 2005

E.J. Kronenburg-Willems, *Wet werk en inkomen naar arbeidsvermogen*, Deventer: Kluwer 2005.

L

Langendonck, Van 1994

J. Van Langendonck, *Handboek sociaal zekerheidsrecht*, Deurne (België): Kluwer Rechtswetenschappen 1994.

Langendonck, Van & Put 2002

J. Van Langendonck en J. Put, *Handboek sociaalezekerheidsrecht*, Antwerpen/Groningen/Oxford: Intersentia 2002.

Law Commission 1995

Law Commission, *Consultation Paper on Liability for Psychiatric Illness*, Londen: Her Majesty's Stationery Office 1995.

Law Commission 2001

Law Commission, *Consultation Paper on Limitation of Actions*, Londen: Her Majesty's Stationery Office 2001.

Lietaert 1996

B. Lietaert, 'Is de immuniteit van de arbeidsongevallenwetten en beroepsziektewet aan eenieder tegenwerpelijk?', in: Tijdschrift voor Sociaal Recht 1996, p. 143-185.

Lietaert 1997

B. Lietaert, 'De immuniteit van de arbeidsongevallenwet ter discussie', in: Tijdschrift van de Vrede- en politierechters 1997, p. 221-222.

Lindenbergh 1997

S.D. Lindenbergh, 'Schrik, onrechtmatigheid en schade', in: Rechtsgeleerd Magazine Themis 1997 nr. 5, p. 178-193.

Lindenbergh 1998a

S.D. Lindenbergh, 'Eén miljoen smartengeld wegens geestelijk letsel. De deur op een kier?', in: Nederlands Juristenblad 1998 nr. 8, p. 351-356.

Lindenbergh 1998b

S. D. Lindenbergh, *Smartengeld*, Deventer: Kluwer, 1998.

Lindenbergh 1999

S.D. Lindenbergh, 'Werkgeversaansprakelijkheid voor ongevallen in de privé-sfeer. HR 22 januari 1999, NJ 1999, 534 (Stichting Reclassering Nederland/S.)', in: Nieuwsbrief BW 1999 nr. 4, p. 47-51.

Lindenbergh 2000a

S.D. Lindenbergh, *Arbeidsongevallen en beroepsziekten*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2000.

Lindenbergh 2000b

S.D. Lindenbergh, 'Overheidsaansprakelijkheid; zorgplicht overheidswerkgever; arbeidsongeval', in: Tijdschrift voor Aansprakelijkheid & Verzekering 2000, p. 118-121.

Lindenbergh 2001

S.D. Lindenbergh, Smartengeld voor arbeidsongevallen en beroepsziekten, in: M.G. Faure en T. Hartlief (red.), *Schade door arbeidsongevallen en nieuwe beroepsziekten*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2001, p. 167-180.

Lindenbergh 2006

S.D. Lindenbergh, 'Arbeid, schade, zorgplicht en eigen schuld', in: Maandblad voor Vermogensrecht 2006 nr. 2, p. 39-43.

Lindenbergh 2008

S.D. Lindenbergh, *Smartengeld tien jaar later*, Deventer: Kluwer 2008.

Loonstra 2002

C.J. Loonstra, 'Uitdijende werkgeveraansprakelijkheid', in: Nederlands Tijdschrift voor Sociaal Recht 2002 nr. 11, p. 309-310.

Loonstra 2003

C.J. Loonstra, 'De spanningsrelatie tussen art. 7:658 en art. 7:611 BW', in: C.J.M. Klaassen, R.J.N. Schlössels, G. van Solinge, L. Timmerman (red.), *Aansprakelijkheid in beroep, bedrijf of ambt*, Deventer: Kluwer 2003, p. 91-112.

Loonstra & Zondag 2003

C.J. Loonstra en W.A. Zondag, 'De bewust roekeloos handelende werknemer. Beschouwingen over het begrip "bewuste roekeloosheid" in titel 7.10 BW', in: Arbeidsrechtelijke Annotaties 2003 nr. 3, p. 43-69.

Loonstra & Zondag 2004

C.J. Loonstra en W.A. Zondag, 'Bewuste roekeloosheid in het arbeidsrecht', in: K.F. Haak en F.L. Koot (red.), *Bewuste roekeloosheid in het privaatrecht*, Deventer: Kluwer 2004, p. 53-82.

Loonstra & Zondag 2008

C.J. Loonstra en W.A. Zondag, *Arbeidsrechtelijke themata*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2008.

Lunney & Oliphant 2000

M. Lunney en K. Oliphant, *Tort law. Text and Materials*, New York: Oxford University Press 2000.

Lunsingh Scheurleer 1997

D.F. Lunsingh Scheurleer, 'Onmiddellijke werking: het overgangsrecht met betrekking tot de bewijslastverdeling ex art. 7:658 BW in lopende procedures', in: *Advocatenblad* 1997 nr. 14, p. 659-660.

M

Maanen, van 1990

G.E. van Maanen, J. Spier en C.H.W.M. Sterk, 'Van schuld naar risico? Enkele opmerkingen over ontwikkelingen in het aansprakelijkheidsrecht', in: M.J.G.C. Raaymakers, R. van Rooij en J. Spier (red.), *Aansprakelijkheden. Opstellen rond het thema ontwikkelingen in het aansprakelijkheidsrecht bij gelegenheid van het 60-jarig bestaan van het Nederlands Genootschap van Bedrijfsjuristen*, Deventer: Kluwer 1990, p. 65-143.

Maanen, van 2001

G.E. van Maanen, 'De rechtspositie van de ambtenaar bij arbeidsongevallen en beroepsziekten', in: M.G. Faure en T. Hartlief (red.), *Schade door arbeidsongevallen en nieuwe beroepsziekten*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2001, p. 31-45.

Maanen, van 2008

T. van Maanen, 'Ruim 300 duizend sociale uitkeringen in minder dan drie jaar tijd', in: *Webmagazine: Centraal Bureau voor de Statistiek* 21 juli 2008.

Margadant 2006

M. Margadant, 'Invoering van de WIA: van WAO-gat naar WIA-krater', in: *ArbeidsRecht* 2006 nr. 1, p. 16-22.

Markesinis & Deakin 1999

B.S. Markesinis en S.F. Deakin, *Tort Law*, Oxford: Clarendon Press 1999.

Middleton e.a. 1994

S. Middleton e.a., *Statutory Sick Pay: The Response of employers to the 1991 changes*, Department of Social Security Research Report No. 24, Londen: Her Majesty's Stationery Office 1994.

Mierlo, van 1995

J.G.A. van Mierlo, Economische inschatting van de evolutie van de kosten van beroepsziekten en arbeidsongevallen, in: M.G. Faure en T. Hartlief (red.), *Verzekering en de groeiende aansprakelijkheidslast. Een juridisch, gezondheidskundig en economisch onderzoek naar ontwikkelingen met betrekking tot de aansprakelijkheidslast en de consequenties voor verzekeraars naar aanleiding van de werkgeversaansprakelijkheid voor bedrijfsongevallen en beroepsziekten*, Deventer: Kluwer 1995, p. 221-282.

Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid 2000

Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid, *Arbo-informatieblad AI-1*, Den Haag: SDU 2000.

- Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid 2001
 Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid, *Sociale Nota 2001*, Den Haag: SDU 2001.
- Molenaar 1957
 A.N. Molenaar, *Arbeidsrecht, deel II*, 1957-1958, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink.
- Molenaar 1958
 A.N. Molenaar, *Arbeidsrecht, deel IIB, Het geldend recht (voortzetting)*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1958.
- Mollitor Group 1996
 Mollitor Group, 'Report of the Mollitor Group', in: *Safety and Health Practitioner* 1996 (September).
- Mullany & Handford 1993
 N.J. Mullany en P.R. Handford, *Tort liability for psychiatric damage*, Londen: Sweet & Maxwell 1993.
- Munkman 1985
 J. Munkman, *Employer's Liability at Common Law*, Londen: Butterworths 1985.
- Munkman 1996
 J. Munkman, *Damages for Personal Injuries and Death*, Londen/Dublin/Edinburgh: Butterworths 1996.

N

- Neave 1910
 F.G. Neave, *The Law Relating to Injuries to Workmen. I. At Common Law; II. Under the Employers' Liability Act, 1880, III. Under the Workmen's Compensation Act, 1906 And the Cases Decided Thereunder*, Londen: Effingham Wilson 1910.
- Nederlands Centrum voor Beroepsziekten 2001
 Nederlands Centrum voor Beroepsziekten, *Signaleringsrapport Beroepsziekten '01*, Amsterdam: Nederlands Centrum voor Beroepsziekten 2001.
- Nederlands Centrum voor Beroepsziekten 2002
 Nederlands Centrum voor Beroepsziekten, *Signaleringsrapport Beroepsziekten '02*, Amsterdam: Nederlands Centrum voor Beroepsziekten 2002.
- Nederlands Centrum voor Beroepsziekten 2006
 Nederlands Centrum voor Beroepsziekten, *Signaleringsrapport Beroepsziekten '06*, Amsterdam: Nederlands Centrum voor Beroepsziekten 2006.
- Nederlands Centrum voor Beroepsziekten 2007
 Nederlands Centrum voor Beroepsziekten, *Signaleringsrapport Beroepsziekten '07*, Amsterdam: Nederlands Centrum voor Beroepsziekten 2007.
- Nederlands Centrum voor Beroepsziekten 2008
 Nederlands Centrum voor Beroepsziekten, *Signaleringsrapport Beroepsziekten '08*, Amsterdam: Nederlands Centrum voor Beroepsziekten 2008.

Nederlandsche Juristen-Vereeniging 1887

Nederlandsche Juristen-Vereeniging, *Handelingen der Nederlandsche Juristen-Vereeniging*, Den Haag: Belinfante 1887.

Nichols & Armstrong 1973

T. Nichols en P. Armstrong, *Safety or Profit: Industrial Accidents and the Conventional Wisdom*, Bristol: Falling Wall Press 1973.

Nichols 1997

T. Nichols, *The Sociology of Industrial Injury and Death*, London, Mansell, 1997.

Nieuwenhuijsen 2009

K. Nieuwenhuijsen, 'Berichten uit het NCvB. Wanneer is een psychische aandoening een beroepsziekte?', in: *Tijdschrift voor bedrijfs- en verzekeringsgeneeskunde* 2009; 17(2): 85-87.

Nieuwstadt, van 2008

T. van Nieuwstadt, 'Werkgeversaansprakelijkheid voor ongevallen in het schergebied tussen werk en privé: licht aan het einde van de (verkeers)tunnel?', in: *ArbeidsRecht* 2008 nr. 4, p. 8-14.

Nikkels-Agema 2005

M. Nikkels-Agema, *De Wet werk en inkomen naar arbeidsvermogen (WIA). Werken wie werken kan!*, Deventer: Kluwer 2005.

Nikkels-Agema & Wielink 2006

M. Nikkels-Agema en J. Wielink, *De WIA en haar gevolgen. Nieuwe verzekeringsoplossingen voor werkgevers en werknemers*, Deventer: Kluwer 2006.

Noordam 2005

F.M. Noordam, *Socialezekerheidsrecht*, Deventer: Kluwer 2005.

O

Olaerts 2003

M. Olaerts, 'Van aansprakelijkheid tot voorzorg. Enige beschouwingen omtrent de toenemende betekenis van het voorzorgsbeginsel in verhouding tot het aansprakelijkheidsrecht', in: *Tijdschrift voor Aansprakelijkheid Verzekering & Schade* 2003 nr. 4, p. 114-122.

Olsthoorn 2008

S. Olsthoorn, 'Wankele basis', in: *Binnenlands Bestuur* 2008 nr. 41, p. 2.

Overeem 1999

R. Overeem, 'Smartengeld in geval van psychisch leed: een beschouwing naar aanleiding van S.D. Lindenbergh, Smartengeld', in: *Verkeersrecht* 1999 nr. 10, p. 161-164.

P

Parsons 1999

C. Parsons, 'Employers' Liability Insurance – How Secure is the System?', in: *Industrial Law Journal* 1999 vol. 28, p. 109-132.

Pennings 2000

F.J.L. Pennings, *De WAO*, Deventer: Kluwer 2000.

Pennings 2002

F.J.L. Pennings, 'Het arbeidsongeschiktheidscriterium in internationaal perspectief', in: *SMA* 2002 nr. 3, p. 207-218.

Pennings 2006

F.J.L. Pennings, *Nederlands socialezekerheidsrecht in een internationale context*, Deventer: Kluwer 2006.

Persyn, Janvier en Van Eeckhoutte 1990

C. Persyn, R. Janvier en W. van Eeckhoutte, 'Arbeidsongevallen, 1984-1989', in: *Tijdschrift voor Privaatrecht*, 1990 nr. 3, p. 1223-1228.

Petit 2005

J. Petit, *Arbeidsongevallen*, Mechelen: Wolters Kluwer 2005.

Put 1999

J. Put, 'De erkenning van een zelfmoord als arbeidsongeval', in: *Arbeidsovereenkomsten – Actuele Voorinformatie* 1999 nr. 184, p. 20-24.

Putten, van, Smit & Sikkema-de Graaff 1990

D.J. van Putten, H.A. Smit en J.S. Sikkema-de Graaff, *Het melden en registreren van beroepsziekten. Een evaluatie van de praktijk bij zes beroepsgezondheidsdiensten*, Voorburg: Directoraat-Generaal van de Arbeid van het Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid 1990.

R

Rauws 2001

W. Rauws, 'Financiering van schade veroorzaakt door arbeidsongevallen en beroepsziekten: België als wenkend voorbeeld', in: M.G. Faure en T. Hartlief (red.), *Schade door arbeidsongevallen en beroepsziekten*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2001.

Reehuis en Slob 1990

W.H.M. Reehuis en E.E. Slob, (Eindredactie C.J. van Zeven et alia), *Parlementaire geschiedenis van het nieuwe burgerlijk wetboek: parlementaire stukken systematisch gerangschikt en van noten voorzien. Invoering boeken 3, 5 en 6. Boek 3: Vermogensrecht in het algemeen*, Deventer: Kluwer 1990.

Regenmortel, Van & Vervliet 2003

A. Van Regenmortel en V. Vervliet, 'Aansprakelijkheid van de werkgever, zijn lasthebbers en/of aangestelden voor ongevallen en ziekten binnen het bedrijf', in: R. Janvier, A. Van Regenmortel en V. Vervliet, *Actuele problemen in het socialezekerheidsrecht*, Brugge: Die Keure 2003, p. 99-239.

Robens 1972a

A. Robens, *Safety and Health at Work. Report of the Committee Volume 1*, Londen: Her Majesty's Stationary Office 1972.

Robens 1972b

A. Robens, *Safety and Health at Work. Report of the Committee Volume 2. Selected Written Evidence*, Londen: Her Majesty's Stationary Office 1972.

Roelvink 1993

H.L.J. Roelvink, 'De aansprakelijkheid van de werkgever', in: *Personenschade door bedrijfsongevallen, Inleidingen Symposium LSA*, Lelystad: Vermande 1993, p. 1-8.

Roland Holst-van der Schalk 1901a

H. Roland Holst-van der Schalk, *Kapitaal en arbeid in Nederland. Bijdrage tot de economische geschiedenis der 19^e eeuw. Deel I*, Amsterdam: Soep 1901.

Roland Holst-van der Schalk 1901b

H. Roland Holst-van der Schalk, *Kapitaal en arbeid in Nederland. Bijdrage tot de economische geschiedenis der 19^e eeuw. Deel II*, Amsterdam: Soep 1901.

Rompaey, Van 2001

L. Van Rompaey, 'Beroepsziekten: wetgeving en rechtspraak', in: D. Simoens en J. Put (red.), *Ontwikkelingen van de sociale zekerheid 1990-1996 – Wetgeving-Rechtspraak*, Brugge: Die Keure 2001, p. 710-714.

Ross 2002

S. Ross, "'Buckling' workplace compensation system drives UK insurance association to urge long-term reform", in: *Insurance Day*, 5 september 2002.

Rowlingson & Berthoud 1996

K. Rowlingson en R. Berthoud, *Disability, benefits and employment*, Londen: Her Majesty's Stationary Office 1996.

Ruiter, de 1997

J. de Ruiter, *Asbestslachtoffers. Advies in opdracht van de Staatssecretaris van Sociale Zaken en Werkgelegenheid*, Den Haag: Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid 1997.

S

Schoemaker & Bijl 1996

C. Schoemaker en R. Bijl, *Zorg bij ziekteverzuim om psychische redenen: inventarisatie van de hulpverlening aan werknemers die om psychische redenen verzuimen*, Utrecht: Nederlands Centrum Geestelijke Volksgezondheid 1996.

Schothorst-Gransier 2006

E.J.P. Schothorst-Gransier, 'OPS: de Hoge Raad spreekt', in: *Bedrijfsjurische berichten* 2006, p. 206-209.

Schwitters 1991a

R.J.S. Schwitters, 'Riskante aansprakelijkheid', in: *Recht en kritiek* 1991 nr. 17, p. 5-39.

Schwitters 1991b

R.J.S. Schwitters, *De risico's van de arbeid. Het ontstaan van de Ongevallenwet 1901 in sociologisch perspectief*, Groningen: Wolters-Noordhoff 1991.

Selikoff & Hammond 1975

I.J. Selikoff en E.C. Hammond, 'Multiple risk factors in environmental cancer', in: J.F. Fraumeni Jr. (red.), *Persons at high risk of cancer: an approach to cancer etiology and control*, New York: Academic Press, 1975; 467-483.

Selikoff, Seidman & Hammond 1980

I.J. Selikoff, H. Seidman en E.C. Hammond, 'Mortality effects of cigarette smoking among amosite asbestos factory workers', in: *Journal of the National Cancer Institute* 1980 vol. 65, p. 507-513.

Simkins & Tickner 1978

J. Simkins en V. Tickner, *Whose benefit?: an examination of the existing system of cash benefits and related provisions for intrinsically handicapped adults and their families*, Londen: Economist Intelligence Unit 1978.

Simoens 1997

D. Simoens, *Sociale-zekerheidsrecht*, Leuven: Acco 1997.

Sinninghe Damsté & Burdorf 2009

W.A. Sinninghe Damsté en A. Burdorf, *Asbestschade en aansprakelijkheid*, Den Haag: SDU 2009.

Smeehuijzen 2005

J.L. Smeehuijzen, 'Naar een scherpere gezichtspuntencatalogus bij verjaring van asbestzaken', in: *Tijdschrift voor Aansprakelijkheidsrecht Vergoeding & Schade* 2005, p. 49-60.

Smeehuijzen 2006

J.L. Smeehuijzen, *Verjaring van het recht op vergoeding van personenschade*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2006.

Smeehuijzen 2008

J.L. Smeehuijzen, *De bevrijdende verjaring*, Deventer: Kluwer 2008.

Smith 2007

C.E. Smith, 'De rechter: onafhankelijk en autonoom?', in: *Ars Aequi* mei 2008, p. 386-390.

Sociaal-Economische Raad 1957

Sociaal-Economische Raad, *Advies inzake de herziening van de invaliditeitsverzekering*, Den Haag: Sociaal-Economische Raad 1957.

Sociaal-Economische Raad 2002a

Sociaal-Economische Raad, *Advies Werken aan arbeidsgeschiktheid. Voorstellen WAO-beleid*, Den Haag: VUGA 2002.

Sociaal-Economische Raad 2002b

Sociaal-Economische Raad, *Risico's, externe gezondheidsdeterminanten en het bedrijfsleven*, Den Haag: VUGA 2002.

Sociaal-Economische Raad 2004

Sociaal-Economische Raad, *Advies Verdere uitwerking WAO-reactie op enkele kabinetvoornemens*, Den Haag: VUGA 2004.

Sociaal-Economische Raad 2005

Sociaal-Economische Raad, *Van alle leeftijden: een toekomstgericht ouderenbeleid op het terrein van werk, inkomen, pensioenen en zorg*, Den Haag: VUGA 2005.

Spier 1990

J. Spier, *Sluipende schade* (oratie Tilburg), Deventer: Kluwer 1990.

Spier 1992a

J. Spier, *Schadevergoeding: algemeen, deel 3*, Deventer: Kluwer 1992.

Spier 1992b

J. Spier, *De maalstroom van het aansprakelijkheidsrecht*, Amsterdam: Houthoff Van Heycop ten Ham 1992.

Spier & Haazen 1996

J. Spier en O.A. Haazen, *'Aansprakelijkheidsverzekeringen op claims made-grondslag in rechtsvergelijkend perspectief'*, Deventer: Kluwer 1996.

Spier 1999

J. Spier, *Een nieuwe dageraad voor het aansprakelijkheidsrecht?* (Tilburgse afscheidsrede), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1999.

Spier 2000a

J. Spier, *Verbintenissen uit de wet en Schadevergoeding*, Deventer: Kluwer 2000.

Spier 2000b

J. Spier, 'Mijmeringen en afsluiting van een (A&V)tijdperk. Gevaren en uitdagingen van een zich steeds verder ontwikkelend aansprakelijkheidsrecht', in: Tijdschrift voor Aansprakelijkheid & Verzekering 2000 nr. 6, p. 123-128.

Spier 2006

J. Spier, *Verbintenissen uit de wet en Schadevergoeding*, Deventer: Kluwer 2006.

Spreeuwiers 2008

D. Spreeuwiers, 'Wat zijn beroepsziekten?', in: Volksgezondheid Toekomst Verkenning, Nationaal Kompas Volksgezondheid, Bilthoven: RIVM september 2008.

Steenberghe, Van 1977

J. Van Steenberghe, 'Dertig jaar Belgische sociale zekerheidswetgeving voor werknemers. Evolutie, tendensen en perspectieven', in: R. Blanpain e.a., *Dertig jaar Belgische arbeidsverhoudingen*, Deventer: Kluwer 1977, p. 371-380.

Stevens 2008

Y. Stevens, 'Arrest Arbeidshof te Antwerpen 4 juni 2008', in: TSR 2008 nr. 3, p. 433-452.

Stichting van de Arbeid 2007

Stichting van de Arbeid, *Beleidsconclusies van de Stichting van de Arbeid naar aanleiding van de uitkomsten van het Onderzoek naar de re-integratie van werknemers die minder dan 35 % arbeidsongeschikt zijn*, Den Haag: Stichting van de Arbeid 2007.

Stolker & Levine 1996

C.J.J.M. Stolker en D.I. Levine, 'Aids-phobia. Schadevergoeding voor angst', in: *Nederlands Juristenblad* 1996, p. 882-891.

Stolker & Levine 1996

C.J.J.M. Stolker en D.I. Levine, 'Compensation for the Fear of Contracting Asbestos Related Diseases – Critical Reflections on an Important US Supreme Court Decision and its Relevance for Europe', in: *European Review of Private Law* 1999 vol. 1, p. 1-19.

Stolker & Moelands 1999

C.J.J.M. Stolker en C.M.J.F. Moelands, 'Cijssouw II en de gevolgen voor de werkgeversaansprakelijkheid voor beroepsziekten', in: *Tijdschrift voor Aansprakelijkheid, Verzekering & Schade* 1999 nr. 6, p. 130-133.

Stumphius 1969

J. Stumphius, *Asbest in een bedrijfsbevolking*, Assen: Van Gorcum 1969.

Swuste 1994

P.H.J.J. Swuste, 'Asbest, feiten en maatregelen' in: J.M. van Dunné (red.), *'Asbest en aansprakelijkheid'*, Arnhem: Gouda Quint 1994, p. 4-12.

Swuste & Burdorf 1994

P.H.J.J. Swuste en A. Burdorf, 'Recognition of Occupational Asbestos Diseases and Introduction of Preventive Measures in the Netherlands 1930-1990', in: J.M. van Dunné (red.), *Asbest en aansprakelijkheid*, Arnhem: Gouda Quint 1994, p. 105-126.

T

Tan 2008

R.L.M.M. Tan, 'Over het mogelijke en het waarschijnlijke, salomonsoordelen in het aansprakelijkheidsrecht', in: *Tijdschrift voor Aansprakelijkheid, Verzekering & Schade* 2008 nr. 1, p. 23-27.

Tilanus-van Wassenauer 1996

G.M. Tilanus-van Wassenauer, 'Werkgeversaansprakelijkheid versus werknemersbescherming, hoe is de stand?', *Verkeersrecht* 1996 nr. 4, p. 97-100.

Tjittes 1999

R.P.J.L. Tjittes, 'De tijd heelt alle wonden: verjaring en verwerking van het recht op vergoeding van letselschade', in: T. Hartlief e.a., *Het belang van de dader. Inleidingen, gehouden op het symposium van de Vereniging van Letselschade Advocaten* 1999, Lelystad: Vermande 1999, p. 45-68.

TNO Kwaliteit van Leven 2008

TNO Kwaliteit van Leven, *Arbobalans 2007/2008. Kwaliteit van de arbeid, effecten en maatregelen in Nederland*, Hoofddorp: TNO Kwaliteit van Leven 2008.

Trap & Wijnhoven 1998

J.J. Trap en A.M. Wijnhoven, 'Aansprakelijkheid werkgever voor psychische schade werknemer', in: *ArbeidsRecht* 1998 nr. 12, p. 21-24.

U

UWV 2009

UWV, Cijfers en trends UWV, januari 2009.

V

Vandeur 1973

M. Vandeur, *De arbeidsongevallen. Wet van 10 april 1971*, Tongeren: Michiels 1973.

Vandeweerd 1994

M. Vandeweerd, 'Het 'open systeem' in de beroepsziektenverzekering', in: Belgisch Tijdschrift voor Sociale Zekerheid 1994 nr. 3, p. 1045-1059.

Veerman 1998

Th.J. Veerman e.a., *Psychische klachten en de WAO: een overzicht van cijfers en literatuur*, Amsterdam: Landelijk Instituut Sociale Verzekeringen 1998.

Vegter 2001

M.S.A. Vegter, 'Aansprakelijkheid werkgever voor psychische schade werknemer als gevolg van seksuele intimidatie van de werknemer', in: Tijdschrift voor Aansprakelijkheid, Verzekering & Schade 2001 nr. 5, p. 133-140.

Vegter 2002

M.S.A. Vegter, 'Aansprakelijkheid van de werkgever voor overbelasting (stress) en andere vormen van psychisch letsel', in: Nederlands Juristenblad 2002 nr. 39, p. 1935-1942.

Vegter 2004

M.S.A. Vegter, 'Predispositie en eigen schuld bij RSI en andere multi-causale ziekten', in: Tijdschrift voor Vergoeding Personenschade 2004 nr. 3, p. 73-79.

Vegter 2005

M.S.A. Vegter, *Vergoeding van psychisch letsel door de werkgever*, Den Haag: SDU 2005.

Vegter 2006

M.S.A. Vegter, 'Bewuste roekeloosheid bij het veroorzaken van schade aan bedrijfsauto', in: Tijdschrift voor Sociaal Recht 2006 nr. 1, p. 25-28.

Vegter 2008

S.M.A. Vegter, 'Causaal verband en zorgplicht bij werkgeversaansprakelijkheid voor stressklachten', in: Tijdschrift ArbeidsRecht 2008 nr. 6/7, p. 9-13.

Vegter 2009

S.M.A. Vegter, 'Arbidsongevallen en beroepsziekten: aansprakelijkheid en/of verzekeringsplicht', in: Tijdschrift Recht en Arbeid 2009, p. 5-11.

Velden, van de & Schamp 1981

A. van de Velden en H. Schamp, *Arbidsongevallen privésector*, Antwerpen: Kluwer Rechtswetenschappen 1981.

Veldkamp 1949

G.M.J. Veldkamp, *Individualistische karaktertrekken in de Nederlandse sociale arbeidsverzekering*, Alphen a/d Rijn: Samson 1949.

Veldkamp 1976

G.M.J. Veldkamp, *De crisis in de Nederlandse sociale zekerheid anno 1976: obstructie/destructie/constructie*, Amsterdam: Bonaventura 1976.

Velthoven, van & Van Wijck 2008

B.C.J. van Velthoven en P.W. van Wijck, 'Proportionele aansprakelijkheid vanuit ex ante perspectief', in: *Tijdschrift voor Aansprakelijkheid, Verzekering & Schade* 2008 nr. 3, p. 130-140.

Verbond van Verzekeraars 1997

Verbond van Verzekeraars, 'Advies herbezinning AVB', Den Haag: Verbond van Verzekeraars 1997.

Verbond van Verzekeraars 2008

Verbond van Verzekeraars, 'Beroepsziekten verdienen meer aandacht', in: *Verzekerd!* 20 maart 2008, p. 12.

Verhoef 2006

H. Verhoef, *WIA in de praktijk. Handleiding bij de nieuwe arbeidsongeschiktheidsregeling*, Deventer: Kluwer 2005.

Vermeesch 1909

A. Vermeesch, *Manuel social dl. II*, Leuven: Uystpruys 1909.

Verschoor & Verschoor 2009

L. Verschoor en A.H. Verschoor, 'Ziek door blootstelling aan toxische stoffen op het werk', in: *Nederlands Tijdschrift voor Geneeskunde* 2009; 153; B312, p. 1-4.

Vervliet 2009

V. Vervliet, *Burgerrechtelijke aansprakelijkheid voor arbeidsongevallen en beroepsziekten*, Gent: Larcier 2009.

Vinke 1997

H. Vinke, *Werknemerscompensatie bij beroepsgebonden schade*, Den Haag: SDU 1997.

Vrie, van de 2008

N.J. van de Vrie, *Modernisering van de Wet sociale werkvoorziening*, Deventer: Kluwer 2008.

Vries, de 1998

J. de Vries, 'Beroepsziekten als financieringsprobleem', in: *Tijdschrift voor Milieuschade en Aansprakelijkheidsrecht* 1998 nr. 5, p. 145-149.

Vries Wzn., de 1970

W. de Vries Wzn., *De invloed van werkgevers en werknemers op de totstandkoming van de eerste sociale verzekeringswet in Nederland (de Ongevallenwet 1901)*, Deventer: Kluwer 1970.

Vroom, de 1998

B. de Vroom (red.), *Betwifelde zekerheden: reacties op nieuwe risico's in Nederland*, Enschede: Universiteit Twente 1998.

W

Wachter 1995

D. Wachter, 'Annotatie bij HR 9 juni 1995, NJ 1995, 630 (Van den Luytgaarden/Machinefabriek Schuurink)', in: Tijdschrift voor Aansprakelijkheid, Verzekering & Schade 1995 nr. 6, p. 165-167.

Waller 2009

M. Waller (red.), *The White Book Service 2009. Volume II: Special Procedure and Resources*, Londen: Sweet & Maxwell 2009.

Wansink 1987

J.H. Wansink, *De algemene aansprakelijkheidsverzekering. Een hernieuwde verzekeringsstechnische en verzekeringsrechtelijke beschouwing*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Wilink 1987.

Wansink 1993

J.H. Wansink, 'Het DES-arrest in het perspectief van de verzekerbare slachtofferbescherming', in: Tijdschrift voor Aansprakelijkheid, Verzekering & Schade 1993 nr. 1, p. 6-14.

Wansink 1995

J.H. Wansink, 'De aansprakelijkheidsverzekering en de dekking van "Long-tail"-risico', in: Tijdschrift voor Aansprakelijkheid, Verzekering & Schade 1995 nr. 1, p. 1-5.

Wansink 2000

J.H. Wansink, 'Onverzekerbare aansprakelijkheid: (verplichte) directe verzekeringen een aanvaardbaar alternatief?', in: T. Hartlief en M.M. Mendel (red.), *Verzekering en maatschappij*, Deventer: Kluwer 2000, p. 407-422.

Water, van de 2001

R. van de Water, 'Bewijslastverdeling bij beroepsziekten', in: *ArbeidsRecht* 2001, p. 15-16.

Waterman 2000

Y.R.K. Waterman, 'De aansprakelijkheid van de werkgever voor psychische schade van de werknemer. Een nieuwe uitdijning van het aansprakelijkheidsrecht', in: *Arbeid Integraal* 2000 nr. 3, p. 86-90.

Waterman 2001

Y.R.K. Waterman, 'De directe verzekering voor arbeidsongevallen en beroepsziekten. Een terugkeer naar de Ongevallenwet?', in: *Arbeid Integraal* 2001 nr. 1, p. 17-25.

Waterman 2002a

Y.R.K. Waterman, 'The Netherlands on the current legal position of employers' duty to manage road safety', Londen: RoSPA 2002.

Waterman 2002b

Y.R.K. Waterman, 'De uitdijende aansprakelijkheid van de werkgever voor verkeersongevallen van de werknemer', in: *Arbeid Integraal* 2002 nr. 2, p. 60-73.

Waterman 2003a

Y.R.K. Waterman, 'De Fairchild-zaak: perikelen van het Engelse asbestslachtoffer', in: *Tijdschrift voor Milieuschade en Aansprakelijkheidsrecht* 2003 nr. 6, p. 151-159.

Waterman 2003b

Y.R.K. Waterman, 'De perikelen van de werknemer in het verkeer. HR 9 augustus 2002, JAR 2002/205 (De Bont/Oudenallen Betonbouw BV)', *Arbeidsrechtelijke Annotaties* 2003 nr. 1, p. 40-61.

Waterman 2006a

Y.R.K. Waterman, 'Asbestos and Smoking: Proportional Liability of the Employer in the Netherlands. Turning a Blind Eye to Synergistic Causation', in: *Mealey's International Asbestos Liability Reporter* 2006 nr. 5, p. 25-31; ook in: *Letsel & Schade* 2006 nr. 3, p. 21-27.

Waterman 2006b

Y.R.K. Waterman, 'De aantasting van het risqué social. Noot bij CRvB 8 september 2006', in: *Letsel & Schade* 2007 nr. 10, p. 38-40.

Waterman 2009

Y.R.K. Waterman, 'Arbeidsongeval of stomme pech? Noot bij HR 17 april 2009, LJN BH1996 (M/V Communicatie BV/Van den Brink-Bos)', in: *Letsel & Schade* 2009/2 nr. 105, p. 54-58.

Wessels 1990

B. Wessels, 'Mede-aansprakelijkheid van bedrijfsopvolgers', in: N.S.J. Koeman (red.), *Art. 21 Interimwet Bodemsanering: annotaties en jurisprudentie*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1990, p. 87-99.

Weterings 2004

W.C.T. Weterings, *Efficiëntere en effectievere afwikkeling van letselschadeclaims. Een studie naar schikkingsonderhandelingen in de letselschadepraktijk, normering en geschiloplossing door derden*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2004.

White Paper 1985

White Paper, *Lifting the Burden* (Cmnd 9571), Londen: Her Majesty's Stationary Office 1985.

White Paper 1986

White Paper, *Building Business - Not Barriers* (Cmnd 9794), Londen: Her Majesty's Stationary Office 1986.

Wijkerslooth, de 1996

L.J.F.E. de Wijkerslooth, 'De dekking voor beroepsziekten op het polismodel AVB 96', in: *Tijdschrift voor Aansprakelijkheid, Verzekering & Schade* 1996, p. 133-139.

Wikeley 1993

N.J. Wikeley, *Compensation for Industrial Disease*, Aldershot: Dartmouth Publishing 1993.

Wikeley & Ogus 2002

N.J. Wikeley en A.I. Ogus, *The law of social security*, Londen: Butterworths Lexis-Nexis 2002.

Wildeboer 2006

Th.W.J. Wildeboer, *Tekst en toelichting WIA en IWIA*, Den Haag: Vermande 2006.

Willems 1985

J. Willems, *Naar een verbeterde melding en registratie van beroepsziekten in Nederland*, Den Haag: Directoraat-Generaal van de Arbeid van het Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid 1985.

Willigenburg, van & Van der Linden 2005

S. van Willigenburg en J. van der Linden, 'Tilburgs normeringsproject: oorzaak van 'drift' in letselschadeland of oplossing?', in: *Tijdschrift voor Vergoeding Personenschade* 2005 nr. 4, p. 110-115.

Wolff 1897

H. W. Wolff, *Employers' Liability. What ought it to be?*, Londen: P.S. King & Son 1897.

Work-related Road Safety Task Group 2001

Work-related Road Safety Task Group 2001, *Reducing at-work road traffic incidents. Report to Government and the Health and Safety Commission*, Sudbury: HSE Books 2001.

Wuite 1947

J.G. Wuite, *Medisch commentaar op de Ongevallenwet 1921 mede in verband met de plannen tot unificatie der sociale verzekeringswetten*, Groningen: Erven A. de Jager 1947.

Z

Zivkovic 2007

D. Zivkovic, 'Proportionele aansprakelijkheid voor de blootstelling aan sigarettenrook op de werkplek', in: *Tijdschrift Vergoeding Personenschade* 2007 nr. 2, p. 38-45.

Zwam, van & Van Drongelen 1988

H.J. van Zwam en J. van Drongelen, 'Fabriek of werkplaats: Arbeidswet 1919, Veiligheidswet 1934, Arbeidsomstandighedenwet', in: *Sociaal Maandblad Arbeid* 1988 nr. 6, p. 389-486.

Jurisprudentieregister

NEDERLAND

Hoge Raad der Nederlanden

HR 02-12-1901	W. 7700		35
HR 04-02-1916	W. 9949	IJzeren Spoorwegmaatschappij/Morré	139
HR 31-01-1919	NJ 1919, 161	Lindenbaum/Cohen	31
HR 08-01-1960	NJ 1960, 127	Daalder/Zandbergen	163
HR 05-11-1965	NJ 1966, 136	‘Kelderluik’	82, 83, 111,
	LJN AB7079		112, 117, 123
HR 14-02-1969	NJ 1969, 189	‘Eefje Kamerbeek’	389
	LJN AC3415		
HR 20-06-1969	NJ 1969, 374	Zitman/De Nieuwe	163
	LJN AD8001		
HR 21-06-1974	NJ 1974, 453	Windmill/Roelofsen	127, 311
	LJN AC5463		
HR 27-06-1975	NJ 1976, 81	Heesters/Schenkelaars	121, 147, 290
	LJN AC5607		
HR 14-04-1979	NJ 1979, 245	Messaoudi/Hoechst	83, 107, 109,
	LJN AC3514		113-118
HR 23-05-1980	NJ 1980, 633	Manpower/Sie	284
	LJN AC6901		
HR 18-01-1982	NJ 1982, 614	‘Natronloog’	112
	LJN AG4306		
HR 25-06-1982	NJ 1983, 151	Rijnberg/Speerstra	52, 126, 128,
	LJN AG4420		135
HR 15-10-1982	NJ 1984, 21	Bahou/Fireco	92
	LJN AG4457		
HR 29-04-1983	NJ 1984, 19	De Vries & Zn. BV/Kuijt	107, 109, 110,
	LJN AC1481		117
HR 17-05-1983	NJ 1983, 690	Tieman/Holland Fumigation	113
	LJN AC7981		
HR 10-06-1983	NJ 1984, 20	Berisa/Raymakers	83, 111, 291,
	LJN AG4611		292
HR 09-01-1987	NJ 1987, 948	Sweegers/Van den Hout	121, 139
	LJN AG5504		

HR 27-02-1987	NJ 1987, 584 LJN AG5547	Van der Peijl/Erasmuscollege	140
HR 06-03-1987	NJ 1987, 533 LJN AG5555	Bilal Dirmik/Van Nelle-Lassie	115
HR 27-05-1988	NJ 1989, 29 LJN AD0344	‘Veenbroei’	112
HR 24-02-1989	NJ 1989, 426 LJN AD0640	Van Buren/Elektroschmelzwerk	128, 132, 135, 311
HR 17-11-1989	NJ 1990, 572 LJN AB9375	De Kok/Jansen	127, 291, 311, 317,
HR 06-04-1990	NJ 1990, 573 LJN AB9376	Janssen/Nefabas	107, 108, 109, 110, 117, 121, 128, 131, 135, 311, 327
HR 15-06-1990	NJ 1990, 716 LJN AC4217	Stormer/Vedox	87, 89, 284
HR 22-03-1991	NJ 1991, 420 LJN ZC0181	Roeffen/Thijssen	113, 121, 127, 149, 311
HR 27-03-1992	NJ 1992, 496 LJN ZC0559	Morsink/Nebem	93, 148
HR 08-07-1992	NJ 1992, 714 LJN ZC0665	AMC/O.	141
HR 09-10-1992	NJ 1994, 535 LJN ZC0706	‘Des-dochters’	133, 314
HR 16-10-1992	NJ 1993, 264 LJN ZC0717	Schuitmaker/Bruinsma Tapijt	292, 301, 448
HR 25-06-1993	NJ 1993, 686 LJN AC1907	Cijsouw/De Schelde I	98, 107, 110, 111, 123, 127, 135, 311, 312
HR 01-07-1993	NJ 1993, 667 LJN ZC1032	Nuts/Hofman	102, 104, 127
HR 01-07-1993	NJ 1993, 687 LJN ZC1027	Power/Ardross	82, 83, 93, 96, 135, 137, 291
HR 01-10-1993	NJ 1995, 182 LJN ZC1080	Lekkende kruik II	112
HR 22-04-1994	NJ 1994, 624 LJN ZC1347	‘Taxus’	112
HR 24-06-1994	NJ 1995, 137 LJN ZC1405	‘Rolsteiger’	82, 83, 153, 291, 292
HR 09-07-1994	NJ 2005, 260 LJN AO8171	Oost/Brands Bouwgroep	113, 114, 115, 119, 153, 292
HR 30-09-1994	NJ 1996, 196 LJN ZC1460	Staat/Shell	110

HR 13-01-1995	NJ 1997, 175 LJN ZC1611	De Heel/Korver	108, 127
HR 13-01-1995	NJ 1997, 366 LJN ZC1608	Ontvanger/Bos	101, 140
HR 09-06-1995	NJ 1995, 630 LJN ZC1746	Van de Luytgaarden/ Schuurink	127, 128, 132
HR 03-11-1995	NJ 1998, 380 LJN ZC1867	‘Bloedtransfusie’	155, 156
HR 17-11-1995	NJ 1998, 241 LJN ZC2460	Babayigit/NKF Kabel	128, 131
HR 24-11-1995	NJ 1996, 271 LJN ZC1888	Rust/Bataafse Aanneming	115, 128, 135
HR 26-01-1996	NJ 1996, 607 LJN AD2476	‘Dicky Trading’	127
HR 20-09-1996	NJ 1997, 198 LJN ZC2142	Pollemans/Hoondert	121, 127, 148, 149, 311
HR 01-11-1996	NJ 1997, 134 LJN ZC2185	Blaauwbroek/Van Loon	140
HR 06-12-1996	NJ 1997, 398 LJN ZC2219	Fortes/Smits	90, 127, 128 132
HR 17-01-1997	NJ 1997, 230 LJN ZC2247	Moerman/Bakker	133
HR 21-02-1997	NJ 1999, 145 LJN ZC2286	O./B.	140
HR 08-04-1997	NJ 1997, 510 LJN ZC2347	Hilligeherken/CVO	137
HR 02-05-1997	NJ 1997, 662 LJN ZC2356	Kip en Sloetjes/Rabobank	140
HR 17-10-1997	NJ 1998, 241 LJN ZC2460	Bhoelai/Buttner	137, 162
HR 31-10-1997	NJ 1998, 258 LJN ZC2480	Andeweg/RDM	161
HR 16-01-1998	JAR 1998/55 LJN AG2169	Van der Elst/Laracker	114, 149
HR 23-01-1998	NJ 1998, 366 LJN ZC2551	Fiom	102
HR 30-01-1998	NJ 1998, 476 LJN ZC2562	Chubb Lips/Jansen	102
HR 05-06-1998	NJ 1998, 817 LJN ZC2662	St. Beroepsonderwijs N./B.	131, 137, 372
HR 18-09-1998	NJ 1999, 45 LJN ZC2706	Van Doorn/NBM	113, 121, 122, 137

HR 11-09-1998	NJ 1998, 870 LJN ZC2702	Van der Wiel/ Philips	148
HR 02-10-1998	NJ 1999, 682 LJN ZC2720	De Schelde/Wijkhuizen	135, 155, 156-158
HR 02-10-1998	NJ 1999, 683 LJN ZC2721	Cijsouw/De Schelde II	110, 121, 311
HR 23-10-1998	NJ 2000, 15 LJN ZC2748	M./B.	157
HR 15-01-1999	NJ 1999, 242 LJN ZC2819	Mastum/NN	290, 331
HR 22-01-1999	NJ 1999, 534 VR 1999, 118 LJN ZC2783	Reclassering Nederland/S.	81, 87, 94, 125, 283, 319 320
HR 19-02-1999	NJ 1999, 428 LJN ZC2856	Lahjaji/Marcel Muyres	162
HR 16-04-1999	NJ 1999, 666 LJN ZC2887	L./Interpolis	290
HR 28-05-1999	NJ 1999, 564 LJN ZC2912	'Johanna Kruidhof'	290, 331
HR 25-06-1999	NJ 2000, 16 LJN ZC2934	B. sr./B. jr.	155
HR 10-12-1999	NJ 2000, 211 LJN AA3837	Fransen/Pasteurziekenhuis	124, 127, 128, 138, 162, 312
HR 28-04-2000	NJ 2000, 430 LJN AA5635	Van Hese/De Schelde	157, 285, 446
HR 28-04-2000	NJ 2000, 431 LJN AA5634	Rouwhof/Eternit	110
HR 16-06-2000	NJ 2000, 584 LJN AB0382	St. Willibrord	127
HR 17-11-2000	NJ 2001, 596 LJN AA8369	Unilever/Dikmans	125, 127, 128, 130, 134, 162
HR 15-12-2000	NJ 2001, 252 LJN AA9051	Van Merksteijn/Öztürk	
HR 15-12-2000	NJ 2001, 198 LJN AA9048	Van Uitert/Jalas	94, 124, 126
HR 12-01-2001	NJ 2001, 253 LJN AA9434	Vonk/Van der Hoeven	86, 286, 293, 294, 301, 302, 448
HR 26-01-2001	NJ 2001, 597 LJN AA9666	Weststrate/De Schelde	125, 130
HR 06-04-2001	NJ 2001, 333 LJN AB0904	Van Kesteren/Rabobank	65, 106, 156

HR 04-05-2001	NJ 2001, 377 LJN AB1430	Bloemsma/Hattuma	131, 132
HR 08-06-2001	NJ 2001, 433 LJN AB2019	Zwolsche Algemeene/De Greef	126, 128, 131
HR 29-06-2001	NJ 2001, 476 LJN AB2342	Industromontaza/Banfic	124, 131, 137
HR 19-10-2001	NJ 2001, 663 LJN ZC3689	'Postbode'	81, 94, 113, 296
HR 09-11-2001	NJ 2002, 79 LJN AD3985	Doesburg/Tan	139
HR 09-11-2001	NJ 2002, 80 LJN ZC3677	Meuffels/Ca-La	82, 291, 296
HR 16-11-2001	NJ 2002, 71 LJN AD5483	Quant/Bergen	124, 295, 360
HR 17-11-2001	NJ 2001, 215	Druijff/Bouw	141
HR 18-01-2002	NJ 2002, 147 LJN AD4923	Albert Heijn/Van Boxtel	138
HR 12-04-2002	NJ 2003, 138 LJN AD9124	Heijboer/De Branding	87, 90, 91
HR 07-06-2002	JOL 2002/327 LJN AE3784	'Diakonessen'	87
HR 28-06-2002	JOL 2002/389 LJN AE2175	X/RAB	107, 129
HR 09-08-2002	NJ 2004, 235 LJN AE2113	De Bont/Oudenallen	124, 286, 296, 302, 306, 448
HR 20-09-2002	NJ 2004, 112 LJN AE2149	'Coma'	140
HR 04-10-2002	NJ 2004, 175 LJN AE4090	'Broodmes'	82, 119, 153, 154, 291
HR 04-10-2002	NJ 2002, 557 LJN AE4080	Excellent/Suares	87, 284
HR 29-11-2002	NJ 2004, 305 LJN AE7351	Kastelijn/Gem. Achtkarspelen	126
HR 31-01-2003	NJ 2003, 346 LJN AF 1301	Drewel/AMEV	131
HR 09-05-2003	NJ 2007, 352 LJN AF 3412	El Hachoui/Hester	90
HR 16-05-2003	NJ 2004, 176 LJN AF7000	Dusarduyn/Du Puy	82, 119, 138, 152, 153, 291
HR 12-09-2003	NJ 2004, 177 LJN AF8254	'Koffievlek'	82, 119, 138, 153, 292

HR 26-09-2003	NJ 2003, 660 LJN AI0830	Zeeuwse eilanden/Royal	83
HR 31-10-2003	NJ 2006, 112 LJN AL8168	S./AZ VU	156
HR 30-01-2004	NJ 2005, 235 LJN AN8601	Van Kimmenade/Waijers	87, 163
HR 09-04-2004	NJ 2004, 308 LJN AO3170	D./Achmea	126
HR 28-05-2004	NJ 2005, 105 LJN AO4224	'Jetblast'	83, 114, 303
HR 04-07-2004	JOL 2004/306 LJN AO4596	X/Gemex	109
HR 09-07-2004	NJ 2005, 260 LJN AO8171	Oost/Brands Bouwgroep	82, 119, 153, 292
HR 05-11-2004	NJ 2005, 215 LJN AP1463	Lozerhof/Van Duyvenbode	82, 107, 113, 115, 116, 136, 292
HR 12-11-2004	NJ 2005, 552 LJN AP0965	Schulte/KCA Deutag	163
HR 26-11-2004	NJ 2006, 115 LJN AR3138	De Jong/Optimodal	156, 159
HR 17-12-2004	NJ 2006, 147 LJN AR3290	Hertel/Van der Lugt	117
HR 11-03-2005	JAR 2005/84 LJN AR6657	ABN AMRO/Nieuwenhuys	103, 123, 177, 269, 316
HR 18-03-2005	JAR 2005/100 LJN AR6669	KLM/De Kuijer	303, 387, 448
HR 20-05-2005	JA 2005/65 LJN AS4406	De Bakker/Zee Electronics	124, 326
HR 27-05-2005	NJ 2006,114 LJN AS8455	X/Elisabeth Ziekenhuis	155
HR 14-10-2005	NJ 2005, 539 LJN AU2235	City Tax/De Boer	113, 148
HR 11-11-2005	NJ 2008, 460 LJN AU3313	Bayar/Wijnen	83, 113, 114, 116, 118, 121
HR 02-12-2005	JAR 2007/15 LJN AZ6326	'Hypoglykemie'	151
HR 09-12-2005	JA 2006/30 LJN AU6512	'Gritstraler'	114, 149, 150
HR 16-12-2005	NJ 2008, 186 LJN AU6089	'Togglebaan'	125

HR 20-01-2006	NJ 2008, 461 LJN AT6013	‘Cementpomp’	83, 109, 113, 115, 119, 120, 153
HR 17-02-2006	JA 2006/94 LJN AU6927	Van Swaay/Heesbeen	49, 107, 113, 115, 142
HR 31-03-2006	JA 2006/81 LJN AU6092	Nefalit/Karamus	49, 104, 107, 142, 143, 313
HR 31-03-2006	JAR 2006/101 LJN AU6093	Eternit/Hollink	313
HR 02-06-2006	JAR 2006/155 LJN AW6167	Köpcke/Global	326
HR 23-06-2006	NJ 2006, 354 LJN AW6166	Havermans/Luyckx	124, 129, 130, 162, 325
HR 09-02-2007	NJ 2007, 105 LJN AZ6526	‘Elba II’	113, 120, 149
HR 02-03-2007	NJ 2007, 143 LJN AZ5834	Perez/Casa Grande	107, 113, 115, 119, 136, 153
HR 16-03-2007	JAR 2007/92 LJN AZ6718	Egemin/’t Mannetje	121, 124
HR 27-04-2007	NJ 2008, 462 LJN AZ6717	Kalai/Petit	82, 103, 104, 107, 108, 113, 136, 292
HR 25-05-2007	JA 2007/137 LJN BA3017	X/Leger des Heils	124
HR 13-07-2007	JA 2007/173 LJN BA7355	Van Veghel/Hendriks	113, 119, 120, 148, 153
HR 23-11-2007	JAR 2004, 288 LJN BB7191	Schulte/KCA Deutag	163
HR 30-11-2007	JA 2008/32 LJN BB6178	X/NCM	124, 298, 310
HR 07-12-2007	NJ 2007, 643 LJN BB5625	X/Shell	83, 115, 153
HR 01-02-2008	JA 2008/52 LJN BB6175	Maasman/Akzo Nobel	151, 286, 297, 298, 304, 306, 315, 317, 448
HR 01-02-2008	JA 2008/53 LJN BB4767	Kooiker/Taxicentrale	286, 297, 304, 306, 315, 377, 448
HR 08-02-2008	NJ 2008, 93 LJN BB7423	Lagraauw/Van Schie	113, 115, 119, 153
HR 14-03-2008	JAR 2008/306 LJN BG1793	‘Zaalvoetballende Chauffeur’	346
HR 11-04-2008	NJ 2008, 465 LJN BC9225	Tarioui/Vendrig-IJsselstein	82, 116, 119, 122
HR 16-05-2008	JAR 2008/149 LJN BC7683	Pekaar/Atofina	130

HR 06-06-2008	NJ 2008, 326 LJN BC9344	'Portacabins'	119
HR 11-07-2008	JAR 2008/206 LJN BD3747	'Kamersteiger'	113, 120
HR 12-12-2008	JAR 2009/15 LJN BD3129	Maatzorg/De Graaf	82, 361
HR 19-12-2008	JAR 2009/18 LJN BD7480	'Ambulance'	297
HR 19-12-2008	JAR 2009/17 LJN BD7480	Gündogdu/Febo	297
HR 09-01-2009	JA 2009/59 LJN BG4014	'Isalaklinieken'	143, 325
HR 09-01-2009	JA 2009/58 LJN BF8875	Landskroon/BAM	108, 126, 127 213
HR 20-02-2009	JAR 2009/76 LJN BF0003	X/Autop Roermond	94, 322
HR 17-04-2009	JAR 2009/128 LJN BH1996	'Rolschaatsworkshop'	125, 305, 309, 321, 449

Gerechtshoven

Hof Arnhem 07-05-1996	JAR 1996/127 LJN AG1188	De Vries/Visser	87
Hof Amsterdam 08-08-1996	VR 1997, 58 LJN AJ6339	Steenbergen/NAM	88
Hof Den Bosch 23-02-1999	NJ 2000, 370 LJN AD3019	Van Dijk/Pisters	89
Hof Amsterdam 22-06-2000	JAR 2000/178 LJN AG5283	KLM /Jabbar	122
Hof Den Bosch 21-08-2001	KG 2001, 274 LJN AD3880	Gemeente Helmond/X	158
Hof Den Haag 24-07-2002	Prg. 2002,5967 LJN AE6530	Van Hese/De Schelde	158
Hof Leeuwarden 27-08-2003	JAR 2003/241 LJN AJ6851	X/Noordelijke Beveiligings- organisatie	125
Hof Den Haag 05-12-2003 en 18-08-2006	JA 2006/139 LJN AO3515	Atofina/Pekaar	130
Hof Den Bosch 22-06-2004	JAR 2004/237 LJN AR2568	'Pootje baden'	125
Hof Den Bosch 06-07-2004	JAR 2004/187 LJN AQ6742	Gielen/Spaar-Select	125
Hof Arnhem 11-01-2005	JA 2005/18 LJN AS2588	X/Dierenbescherming	88

Hof Den Haag 21-01-2005	JAR 2005/97 LJN AS8586	Köpke/Campen	126, 130
Hof Den Haag 15-03-2005	VR 2006, 84 LJN AX9375	Egemin/'t Mannetje	124
Hof Arnhem 18-10-2005	JA 2006/13 LJN AU 5876	Maasman/Akzo Nobel	151
Hof Arnhem 22-11-2005	JA 2006/12 LJN AU7347	Albert Heijn/X	115, 116, 119
Hof Amsterdam 24-11-2005	1297/03 KG LJN AV0198	'Hexaangas'	149
Hof Den Bosch 20-12-2005	JA 2006/60 LJN AV2134	X/Y	121
Hof Den Haag 13-01-2006	JA 2006/82 LJN AV4652	X/Mercuri Urval	300
Hof Arnhem 21-01-2006	NJF 2006/306 LJN AV1417	X/Y	150
Hof Den Bosch 14-03-2006	JA 2006/95 LJN AW4164	CPS Color/X	114, 116, 119, 121
Hof Leeuwarden 22-03-2006	JAR 2006/98 LJN AV6840	'Thaise boortoren'	87
Hof Arnhem 27-06-2006	NJ 2006, 474 LJN AY5993	'Zaalvoetballende chauffeur'	346
Hof Amsterdam 06-07-2006	JA 2006/108	'Natte vloer'	119, 153
Hof Den Haag 07-07-2006	JA 2006/123	X/Kalmar Solutions	83, 300
Hof Den Haag 18-08-2006	L&S 2006/188	Arkema/Pekaar	325
Hof Amsterdam 07-09-2006	JAR 2007/65 LJN AZ5431	X/PGGM	326
Hof Amsterdam 26-09-2006	JAR 2007/30 LJN AZ0584	'Isalaklinieken'	143
Hof Leeuwarden 22-11-2006	LJN AZ2853	'Borstelmachine'	149
Hof Amsterdam 30-11-2006	L&S 2007, 17	A./Terra Imaging	326
Hof Amsterdam 14-12-2006	JAR 2007/87 LJN BA2428	Van Selm/Scholengemeenschap	146, 326
Hof Den Haag 26-01-2007	JAR 2007/79 LJN BA2430	Schurink/Hassink	298
Hof Den Haag 09-02-2007	LJN BA1606	Atlantic/X	90
Hof Den Haag 16-02-2007	JAR 2007/69 LJN BA0761	Nieuwenhuys/ABN AMRO	103, 105
Hof Arnhem 27-02-2007	LJN AZ9763	X/Eternit	158
Hof Den Bosch 17-04-2007	JAR 2007/159 LJN BA5750	A2 Networks/X	151

De aansprakelijkheid van de werkgever voor arbeidsongevallen en beroepsziekten

Hof Den Bosch 17-04-2007	JAR 2007/209 LJN BB2438	Hendriks/Autoster Bergen	150, 298
Hof Den Haag 27-04-2007	JAR 2007/177 LJN BA6359	X/Dow	105
Hof Den Haag 11-05-2007	JA 2007/159 LJN BA6795	Wilton-Feijenoord/A.	114
Hof Den Haag 10-07-2007	L& S2007/106	Zee Electronics/De Bakker	326
Hof Amsterdam 19-07-2007	JA 2008/14 LJN BB6134	X/Kouwenhoven	83
Hof Den Bosch 31-07-2007	L&S 2007/180 LJN BB1552	Leitz/De Louw	130, 325
Hof Leeuwarden 24 -10-2007	L&S 2008/174	Zandleven/Kooitje	325
Hof Amsterdam 08-11-2007	JAR 2008/88 LJN BC2939	'Omgevallen container'	108, 126
Hof Amsterdam 18-12-2007	JA 2008/55 LJN BC5387	'Onaanvaardbare werkdruk'	121
Hof Den Bosch 08-01-2008	JA 2008/56 LJN BC3222	Van Gend & Loos/X	156
Hof Den Haag 15-01-2008	JAR 2008/91 LJN BC2747	'Burn-out'	105
Hof Den Haag 18-01-2008	JAR 2008/129 LJN BC7681	Kunst Ecoservice/X	105, 326
Hof Den Haag 14-03-2008	LJN BC7692	X/Japan Airlines	298
Hof Den Bosch 01-04-2008	L&S 2008/171 LJN BC8292	Soft Drink/Moonen	130
Hof Amsterdam 08-04-2008	L & S 2008/175		326
Hof Den Bosch 06-05-2008	JA 2008/126 LJN BD5666	'Asbestangst'	103, 106
Hof Leeuwarden 14-05-2008	JA 2008/104 LJN BD2318	X/Dactylo	124,131
Hof Leeuwarden 14-05- 2008	NJF 2008, 327 LJN BD2312	Sylphavane Plastics/X	108
Hof Leeuwarden 14-05- 2008	JAR 2008/165 LJN BD2318	Koperly/Dactylo	132
Hof Leeuwarden 25-06-2008	LJN BD5881	Elders/Van der Weide	325
Hof Amsterdam 03-07-2008	LJN BG3727	X/Cardanus	103
Hof Den Haag 17-07-2008	L&S 2008/173	B &C/Kanters	325
Hof Den Haag 17-07-2008	JA 2008/125	Victorina/Unitech	150, 151
Hof Amsterdam 17-07-2008	JA 2008/157	'Imperiaal'	115, 126, 153
Hof Arnhem 23-09-2008	JA 2009/74 LJN BH1948	Licotec/X	298
Hof Den Bosch 23-09-2008	LJN BG2158	'Fikkie stoken'	149

Hof Amsterdam 18-11-2008	NJF 2008,521 LJN BH4147	'Verjaring asbestschade'	158
Hof Den Haag 31-03-2009	NJF 2009, 258 LJN BI3303	Oosthoek/Kemper BV/Van der Mark	87
Hof Arnhem 14-04-2009	LJN BJ2194	X/General Logistics	105
Hof Den Haag 26-05-2009	LJN BJ3482	X/De Compaan	104, 106
Hof Den Haag 07-07-2009	LJN BJ3803	X/Da Vinci College	104, 124

Rechtbanken

Rb. Haarlem 04-05-1982	NJ 1982, 396	Stalen Steiger/Steen	139
Rb. Haarlem 07-12-1993	VR 1995, 68 LJN AJ6151	Handgraaf/Hoogovens	115, 292
Rb. Den Haag 29-10-1997	L&S 1998/1	A./G.	162
Rb. Utrecht 29-04-1998	JAR 1998/163 LJN AG2137	Unigro/Dreijer	162
Rb. Middelburg 01-02-1999	VR 1999, 117	Schaier/De Schelde	104
Rb. Amsterdam 04-08-1999	JAR 1999/172 LJN AJ6558	Huigen/Delta Lloyd	125
Rb. Utrecht 19-01-2000	JAR 2000/59 LJN ZL0942	Schoofs/Brouwer	98, 162
Rb. Rotterdam 23-03-2000	rolnr. HaZa 99-25/111313 niet gepubliceerd		88
Rb. Alkmaar 20-04-2000	Prg. 2000, 5502 LJN AJ0090	Prima Bella/Kamerling	114, 132
Rb. Breda 16-05-2000	TVP 2000, p. 111		
Rb. Alkmaar 13-07-2000	A & A 2000 nr. 11, A-46		129
Rb. Amsterdam 07-02-2001	L & S 2000, 3 rolnr. H 00.1083	Swijters/Bakengracht	90
Rb. Middelburg 30-05-2001	JAR 2001/232 LJN AB2209	De Schelde/Wijnandus	106
Rb. Zutphen 13-09-2001	JAR 2001/13 LJN AA9048	Rensink/BASF	155
Rb. Utrecht 12-12-2001	JAR 2001/12 LJN AA8722	Poortvliet/LPG	107
Rb. Groningen 30-05-2002	JAR 2002/141 LJN AG7881	Duarte/Wagenborg	90
Rb. Den Haag 02-10-2002	LJN AE8345	X/Gemex	109
Rb. Arnhem 26-02-2003	JAR 2003/101 LJN AG8031	Sportfondsenbad/Meijnders	115

Pres. Rb. Groningen 27-06-2003

	LJN AH9008	John Daniels/ROC	150
Rb. Alkmaar 25-01-2006	JAR 2006/43	X/Martinair	303
	LJN AV0785		
Rb. Leeuwarden 12-12-2006	JAR 2007/28	‘Schizofrene werknemer’	103
	LJN AZ6030		
Pres. Rb. Maastricht			
16-04-2007	JA 2007/86	X/Nefalit	158
	LJN BA3241		
Rb. Groningen 15-06-2007	LJN BA7469	X/Eternit	158
Pres. Rb. Den Bosch 09-07-2007			
	JA 2007/160	X/Giesbers-Maasdijken	87
Rb. Haarlem 26-03-2008	LJN BC8936	X/Menzies	103
Rb. Den Haag 21-05-2008	JA 2008/145	‘Entonox’	126
	LJN BE8800		
Rb. Almelo 09-07-2008	LJN BF1904	X/Nefalit	158
Rb. Maastricht 21-11-2008	LJN BG6536	X/Korpsbeheerder Limburg Zuid	137
Rb. Den Haag 10-12-2008	JA 2009/75	X/Rona	90
	LJN BH5031		
Rb. Middelburg 14-01-2009	JA 2009/36	‘Ziekte van Lyme’	325
	LJN BG9910		
Rb. Dordrecht 25-06-2009	LJN BJ1805	X/Albert Schweitzer Ziekenhuis	105

Kantongerechten

Ktr. Amsterdam 27-11-1922	NJ 1923, 169	Glasbergen/Knottenbelt	50
Ktr. Amsterdam 29-03-1935	NJ 1935, 1293	Valies/Simplex	50
Ktr. Utrecht 14-05-1987	Prg. 1987, 2710	Elteren/Meijssen	122
Ktr. Zevenbergen 10-03-1994	Prg. 1994, 4095	Bont/De Baronie	150
	LJN 6152		
Ktr. Zaandam 21-12-1995	JAR 1996/172	Semedo/Marvelo	114, 303
	LJN AG1230		
Ktr. Harderwijk 11-11-1998	Prg. 1999, 5115	Bewier/Ridder	150
	LJN AI9831		
Ktr. Gouda 26-11-1998	JAR 1999/20	Hilgers /Groene Hart	162
	LJN AG2467		
Ktr. Middelburg 01-02-1999	VR 1999, 117	Schaier/De Schelde	143
	LJN AJ6532		
Ktr. Rotterdam 10-12-1999	Prg. 2000, 5424	El Hamdioui/Jan de Lange	161
	LJN AJ0016		

Ktr. Deventer 06-01-2000	JAR 2000, 33	‘Verjaring arbeidsongeval’	161
Ktr. Amsterdam 06-04-2001	rolnr. CV 00-9124 ongepubliceerd		150
Ktr. Beetsterzwaag 12-06-2001	Prg. 2001, 5714 LJN AD4718	Nicolai-van der Veen/ St. Maartenswouden	303, 320
Ktr. Rotterdam 04-06-2002	JAR 2002/83 LJN AG7901	Da Cruz/Amstelstraat	90
Ktr. Utrecht 04-09-2002	JAR 2002/220 LJN AE7348	X/NS	100
Ktr. Leeuwarden 18-03-2003	LJN AF6126	Bewuste roekeloosheid	150
Ktr. Rotterdam 25-08-2004	JAR 2004/253 LJN AQ8758	Akkersdijk/Bavo	150
Ktr. Terneuzen 19-01-2005	JAR 2005/76 LJN AS8825	X/Dow	105
Ktr. Boxmeer 02-08-2005	JAR 2005/194 LJN AU2069	Nibbelke/Playland	106
Ktr. Maastricht 18-01-2006	JAR 2006/62 LJN AV4659	KAV/De Veer	298
Ktr. Heerlen 19-04-2006	JAR 2004/270 LJN AR4225	Walraven/Steenfabriek Nuth	105, 143
Ktr. Nijmegen 30-06-2006	JA 2006/126 LJN AY3818	X/Schildersbedrijf	131
Ktr. Zwolle 08-08-2006	LJN AY7850	‘Bandschuurmachine’	137
Ktr. Leeuwarden 11-08-2006	JA 2006/125 LJN AY6472	Kooitje/Zandleven	131
Ktr. Assen 14-09-2006	JA 2006/140 LJN AY8269	‘Causaliteitsvraag’	131
Ktr. Heerlen 13-12-2006	JAR 2007/26	Van der Veer/Erkens	105
Ktr. Utrecht 02-05-2007	JAR 2007/136 LJN BA4348	‘Treinmachinist’	103, 106
Ktr. Rotterdam 08-05-2008	NJF 2008, 432	X/Bas van der Heijden	305
Ktr. Arnhem 11-07-2008	JA 2008/173 LJN BF1823	X/Emons Cargo	124
Ktr. Utrecht 19-11-2008	Prg. 2009, 27	X/Oracle	124
Ktr. Emmen 10-09-2008	JAR 2009/28 LJN BG7281	X/RST Bouwsystemen	83, 300
Ktr. Utrecht 04-02-2009	JA 2009/76 LJN BH2287	K./Bam Woningbouw	87
Ktr. Zwolle 04-03-2009	LJN BH7627	X/Y	87
Ktr. Utrecht 23-06-2009	LJN BJ3477	X/International	132

Centrale Raad van Beroep

CRvB 12-07-1928	A.B. 1928, 658		41
CRvB 31-12-1952	A.B. 1953, 438		41
CRvB 30-11-1989	VR 1995, 58	M/B&W Eindhoven	97
CRvB 19-03-1993	RSV 1993, 214		55
CRvB 29-05-1996	RSV 1997/9	B/Cie. Sociale Zekerheid	358
CRvB 25-10-2001	NJB 2002, p. 142	A/Staatssecr. Defensie	89, 139
CRvB 22-11-2001	JAR 2002/15	Staatssecr. Financiën/ Van den Hoef-Zaeyen	89
CRvB 19-09-2002	VR 2002, 211	A/Coll. van B & W Den Haag	89
CRvB 08-09-2005	TAR 2005, 177	X/Staatssecr. Defensie	89, 103, 105
CRvB 08-09-2006	L&S 2007/9	A/Achmea	359, 420

BELGIË

Hof van Cassatie

Cass. 29-09-1961	Pas. 1962, I, 122		186
Cass. 09-10-1974	AC 1975, 179	Gem. Verzekeringskas/Janssens	196
Cass. 26-02-1975	AC 1975, 729	Verenigde Provinciën/Schuller	174
Cass. 22-09-1976	AC 1977, 87	Assurances Générales/Moors	178
Cass. 03-05-1978	RW 1977-78, 2775	Zürich/Ronda	180
Cass. 03-05-1978	RW 1977-78, 2786	Assubel/Segers	180
Cass. 06-11-1978	AC 1978-79, 266	Royale Belge/Cordemans	196
Cass. 28-05-1979	RW 1979-80, 1028		174
Cass. 08-10-1979	RRD 1980, 62		189
Cass. 24-03-1980	RW 1980-81, 107	Zürich/Verckens	196
Cass. 11-01-1982	RW 1981-82, 1872	Royal Belge/Vermeire	178
Cass. 21-03-1983	AC 1982-83, 408	De Schelde/Vaes	198
Cass. 24-09-1984	AC 1984-85, 64	Moens/Federale Verzekeringen	181
Cass. 18-03-1985	SRK 1985, 142		177
Cass. 01-04-1985	BTSZ 1985, 9-10		174
Cass. 02-12-1985	RW 1985-86, 2861		215
Cass. 01-02-1993	RW 1993-94, 87		205
Cass. 19-12-1994	AR S.94.70.N.	Croes/AG 1824	183, 389
Cass. 13-11-1995	onuitgegeven	Zürich/Pinot	196
Cass. 13-11-1995	AR S.95.30.F	Fidelitas/Felici, onuitgegeven	196
Cass. 13-11-1995	RW 1996-97, 134		198
Cass. 15-01-1996	RW 1995-96, 1088		203
Cass. 06-05-1996	AR S.95.64.F	AXA/Cantillion, onuitgegeven	192
Cass. 18-11-1996	JTT 1997, 29		178
Cass. 20-01-1997	AR S.96.112.F	AG 1824/Goulios	178

Cass. 02-02-1998	JTT 1989, 409	213
Cass. 03-04-2000	SRK 2001, 185	189
Cass. 18-12-2000	De Verz. 2002, 338	196
Cass. 15-04-2002	RW 2002-03, 1100	178
Cass. 25-11-2002	JTT 2003, 164	186
Cass. 25-11-2002	De Verz. 2003, 17	186
Cass. 13-01-2003	JTT 2003, 159	194
Cass. 03-02-2003	AR S020088N	179
Cass. 08-09-2003	JTT 2004, 42	195
Cass. 13-10-2003	SRK 2004, 211	188
Cass. 13-10-2003	JTT 2004, 39	195
Cass. 05-04-2004	JTT 2004, 468	188
Cass. 06-11-2004	JTT 2005, 26	188
Cass. 02-01-2006	JTT 2006, 53	189
Cass. 30-10-2006	JTT 2007, 94	188

Arbitragehof

Arbitragehof 01-03-2001	B.S. 17 -05- 2001 nr. 31/2001	175,201
Arbitragehof 16-01-1997	B.S. 21-01-1997 nr. 3/1997	199

Arbeidshoven

Arbh. Gent 01-12-1988	JTT 1989, 111	186
Arbh. Antw. 31-07-1990	Soc. Kron. 1994, 292	204
Arbh. Gent 18-11-1993	Soc. Kron. 1994, 311	205
Arbh. Brussel 03-01-1994	De Verz. 1996, 240	199
Arbh. Bergen 09-02-1994	De Verz. 529	197
Arbh. Luik 21-02-1994	De Verz. 1995, 102	193
Arbh. Antw. 05-09-1994	RW 1995-96, 114	204
Arbh. Luik 22-09-1994	De Verz. 1996, 32	201
Arbh. Gent 22-09-1994	De Verz. 1996, 41	205
Arbh. Bergen 08-11-1995	De Verz. 1996, 257	203
Arbh. Gent 09-11-1995	De Verz. 1996, 261	188, 193
Arbh. Luik 27-11-1995	Soc. Kron. 1997, 96	204
Arbh. Brussel 18-03-1996	De Verz. 1996, 624	193
Arbh. Antw. 09-03-1999	De Verz., 2000, 330, p. 35	187
Arbh. Luik 04-10-1999	De Verz., 2000, 330, p. 50	174, 184
Arbh. Bergen 17-11-2000	JTT 2001, 27	179
Arbh. Bergen 07-02-2001	JT 2001, 109	186
Arbh. Gent 06-09-2001	De Verz. 2003, 70	195
Arbh. Antw. 13-11- 2001	AR 2002, 98	181
Arbh. Antw. 23-01-2002	LR 2003, 308	178
Arbh. Bergen 22-01-2003	AR 16.981	188

Arbh. Luik 03-02-2003	SRK 2004, 235	192
Arbh. Antw. 25-02-2003	AR 890087	205
Arbh. Antw. 18-10-2004	De Verz. 2005, 463	188
Arbh. Luik 14-09-2005	De Verz. 2006, 67	195
Arbh. Antw. 03-10-2005	AR 2050181	192
Arbh. Bergen 11-01-2006	De Verz. 2006, 415	188
Arbh. Luik 23-01-2006	SRK 2007, 343	186
Arbh. Luik 06-06-2006	SRK 2003, 329	188
Arbh. Gent 21-09-2006	AR 467/04	178
Arbh. Antw. 04-06-2008	TSR 2008, p. 435-437	194

Arbeidsrechtbanken

Arbrb. Dendermonde		
(afd. St. Nikl.) 21-11-1995	JTT 1995, 480	188
Arbrb. Dendermonde	JTT 1996, 256	
(afd. St. Ni-kl.) 21-11-1995	AJT 1995-96, 505	188
Arbrb. Bergen 13-11-1996	De Verz. 1997, 98	178, 192
Arbrb. Luik 17-09-1998	De Verz. 2000, 331, p. 217	178, 179
Arbrb. Brugge 12-11-1999	De Verz. 2001, 334, p. 59	196
Arbrb. Luik 29-06-2000	De Verz. 2001, 336, p. 486	191
Arbrb. Mons 21-03-2001	De Verz. 2001, 336, p. 454	190

Hof van Beroep Gent

Hof van Beroep Gent 30-06-1994,	TBBR 1996, 225	176
Hof van Beroep Gent 22-09-1995,	AJT 1995-96, 309	176

ENGELAND

A.C. Billings & Sons Ltd. v. Riden	[1958] AC 240	235
Adsett v. K and L Steelfounders and Engineers Ltd.	[1953] 1 All ER 97n at 98	255
Alcock v. Chief Constable of South Yorkshire Police	[1992] 1 AC 310, [1991] 4 All ER 907	271
Aston v. Imperial Chemical Industries Group	21 mei 1992 (niet gepubliceerd)	274
Baker v. J Clarke (Leeds) Ltd.	[1992] PIQR P262, CA	266
Barber v. Somerset County Council	[2004] UKHL 13, Lawtel 1 april 2004	246
Blyth v. Birmingham Waterworks Co.	(1856) 11 Exch 781	240
Bonnington Castings Ltd. v. Wardlaw	[1956] AC 613	234
Bowden v. Barbroke Brothers	(1973) 15 KIR 232	267
Bowes v. Sedgefield District Council	[1981] ICR 234, CA	234, 255

Boyle v. Kodak	[1969] All E R 439	238
Brydon v. Stewart	(1855) 2 Macq 30	225
Burgess v. Plymouth City Council	[2005] Civ 1659	266
Byers v. Head Wrightson & Co. Ltd.	[1961] 2 All ER 538	243
Caswell v. Powell Duffryn Associated Collieries Ltd.	[1940] AC 152, [1939] 3 All ER 722	266
Coddington v. International Harvester Co. of GB	(1969) 6 KIR 146	248
Corbin v. Penfold Metallising	The Times, 2 mei 2000	277
Corr v. IBC Vehicles	[2005] EWHC 859, [2006] PIQR P123	270
Das v. Ganju	[1999] PIQR P260	277
Davie v. New Merton Board Mills Ltd.	[1958] 1 QB 210, 1 All ER 67	232, 236
	[1959] AC 604	
Doherty v Rugby Joinery (UK) Ltd	[2004] EWCA Civ 147	241
Donoghue v. Stevenson	[1932] AC 562	232, 236
Dooley v. Cammell Laird Co. Ltd.	[1951] 1 LR 271	269
Dugmore v. Swansea NHS Trust	[2003] PIQE P220	240
Dulieu v. White & Sons	[1901] 2 KB 669	269
Eastwood v. Magnox Electric	[2002] EWCA Civ 463	271
Fair v. London and North Western Rly Co.	(1869) 21 LT 326	268
Fenton v. Thorley	[1903] AC 442 (at 448)	260
Flower v. Ebbw Vale Iron and Coal Ltd.	[1934] 2 KB 132 at 140, CA en [1936] AC 206	267
Frost and Others v. The Chief Constable of South Yorkshire Police and Others	[1999] 2 AC 455	273
Fytche v. Wincanton Logistics	[2003] EWCA Civ 874, [2004] PIQR P10	249
Galtry v. British Railways Board	[1983] 133 NLJ 870	269
General Cleaning Contractors Ltd. v. Christmas	[1953] AC 180, [1952] 2 All ER 1110	236, 238, 239,
General Cleaning Contractors v. Christmas		243, 244, 247,
	[1953] AC 180	248
Gibson v. British Insulated Callender's Construction Co. Ltd.	1973 SLT 2 (HL)	234
Glasgow Corp v. Muir	[1943] AC 448	240
Gorris v. Scott	(1874) LR 9 Exch 125, 43 LJ Ex 92	268
Harris v. BRB (Residuary) Ltd	[2005] EWCA Civ 900	244
Harrison v. Michelin Tyre Co. Ltd.	[1985] 1 All ER 918	248
Harvey v. Singer Man. Co. Ltd.	1960 SLT 178	240
Hawkins v. Ian Ross (Castings) Ltd.	[1970] 1 All ER 180	246
Hawley v. Luminar Leisure	[2006] EWCA Civ 18, [2006] PIQR P211	233

Hayes v. Pilkington Glass	[1998] PIQR P303	277
Horne v. Lec Refrigeration Ltd.	[1965] 2 All ER 898	266
Horton v. Caplin Contracts	[2003] PIQR 180	238, 245
Hudson v. Ridge Man. Co. Ltd.	[1957] 2 QB 348	248
Hutchinson v. York, Newcastle and Berwick Rly Co.	(1850) 5 Exch. 343	224
Irshadi v. Ali	[1999] Lloyd's Rep. 301	277
James v. Hepworth & Grandage Ltd.	[1968] 1 QB 94	246
Jayes v. IMI (Kinoch) Ltd	[1985] ICR 155	267
Johnstone v. Bloomsbury Health Authority	[1991] 1 WLR 1314	270
Joseph v. Ministry of Defense	The Times, 4 maart 1980	
Killgolan v. William Cooke & Co. Ltd.	[1956] 2 All ER 294, [1956] 1 WLR 527, CA	270
King v. Smith	[1995] ICR 339	247
Kirby v. National Coal Board	1959 SLT 7	237
Larner v. British Steel plc.	[1993] 4 All ER [1993] ICR 551, CA	255
Latimer v. AEC Ltd	[1952] 2 QB 701	244
Lister v. Hesley Hall Ltd.	[2001] UKHL 22, [2001] All ER, 769	233
Majrovski v. Guy's and St. Thomas's NHS Trust	[2006] UKHL 34	233
Market Investigation Ltd. v. Ministry of Social Security	[1969] 2 QB 173, [1968] 3 All ER 732	237
Marshall v. Gotham	[1954] AC 360, [1954] 1 All ER 937	234, 255
Mattis v. Pollock (t/a Flamingo's Nightclub)	[2003] EWCA Civ 887, [2004] PIQR P21	233
McCabe v. Cornwall County Council	[2002] EWCA Civ 1887, [2003] PIQR P292	271
McCafferty v. Metropolitan Police District Receiver	[1977] 1 WLR 1073	247
McSherry v. British Telecom. plc.	[1992] 3 Med LR 129	246
McWilliams v. Sir W. Arrol & Co. Ltd.	[1962] 1 WLR 295	245
Michie v. Shenley	Times 19 maart 1952	238
Moffat v. Marconi Space and Defence Systems Ltd.	1975 SLT (Notes) 60	234
Moorcroft v. Thomas and Sons Ltd.	[1962] 3 All ER 741, [1962] 1 WLR 1447, DC	255
Nimmo v. A. Cowan and Sons Ltd.	[1968] AC 107	255
Oakley v. Chief Adjudication Officer	(1997) 6 maart, niet gepubliceerd	260
O'Neill v. DSG Retail	[2002] EWCA Civ 1139 31 juli 2002	246
Overseas Tankship (U.K.) Ltd. v. Morts Dock and Engineering Co. Ltd., The Wagon Mound; bekend als Wagon Mound I.	[1961] AC 388, [1961] 1 All ER 404;	268
Page v. Sheerness Steel	[1998] 3 All ER	251
Paris v. Stepney Borough Council	[1951] AC 367, [1951] 1 All ER 42	24, 236, 239

Parkinson v. Lyle Shipping Co. Ltd.	[1964] 2 Lloyd's Rep. 79	249
Parkinson v. Customs and Excise Com.	[1993] ICR 789	271
Pickford v. Imperial Chemical Industries plc	[1998] 3 All ER; All England Law Reports July 1998, p. 462 e.v.; House of Lords 23-26 March, 25 June 1998	22 246
Poliskie v. Lane	1981 SLT 282	237
Pratley v. Surrey C C	[2003] EWCA Civ 1067, [2004] PIQR P252	245
Priestley v. Fowler	(1837) 3 M & W 1	224
Qualcast (Wolverhampton) Ltd. v. Haynes	[1959] AC 743	245, 247
Quintas v. National Smelting Co. Ltd.	[1961] 1 All ER 630	243
R v. Associated Octel Ltd.	[1997] 1 Cr App R (S) 435, CA	234
R v. F Howe & Son (Engineers) Ltd.	[1999] 2 All ER, p. 249 e.v.	234
Rands v. McNeil	[1955] 1 QB 245, [1954] 3 All ER 593	238
Re Creutzfeldt-Jacob Disease Lit.	[1998] 41 BMLR 157	274
Read v. Lyons & Co. Ltd.	[1947] AC 156, [1946] 2 All ER 471	239, 243
Richardson v. Pitt-Stanley	[1995] ICR 303	250
Robb v. Salamis	[2006] UKHL 56	267
Roberts v. Dorothea Slate Quarries	[1948] 2 All ER 201	260
Saul v. St. Andrew's Steam Fishing Co. Ltd., The St. Chad	(1965) 109 Sol Jo 392	238
Searby v. Yorkshire Traction	[2003] EWCA Civ Lawtel 19/12/2003	238
Secretary of State for Social Security v. Davis	12 januari 2001, BLD 1601044	259
Sherlock v. Chester City Council	Lawtel 26 februari 2004 CA	242
Smith v. Baker & Sons	[1891] AC 325	225
Smith v. Crossley Bros Ltd.	(1951) 95 SJ 655	237, 248
Smith (or Westwood) v. National Coal Board	[1967] 2 All ER 593	243
Sowden v. Crookdale	[2004] EWCA Civ 1370	225, 232, 266
Stapley v. Gypsum Mines Ltd.	[1953] AC 663, [1953] 2 All ER 478	267
Stark v. Post Office	[2000] PIQR P105	235
Steeds v. Peverel Management	The Times, 16 mei 2001	277
St. Gypsum Mines Ltd. v. Stapley	[1953] AC 663, [1953] 2 All ER 478, HL	266
Stokes v. GKN	[1968] 1 WLR 1776, 1783	242, 244, 245
Tate v. Latham & Son	[1897] 1 QB 502	256
Thompson v. Smiths Ship Repairers (North Shields) Ltd.	[1984] QB 405, 1 All ER 881, 889	242, 245
Vaughan v. Ropner & Co Ltd.	(1947) 80 LI L Rep. 119	236
Victorian Railway Commission v. Coultas	(1888), 13 App Cas 222	269
Walker v. Northumberland County Council	[1995] IRLR 35	269, 271
Waters v. Commissioner of the Police	[2000] 4 All E R 934	272
White v. Chief Constable of South Yorkshire	[1998] 3 WLR 1509	271
White v. Holbrook Precision Castings	[1985] ILRL 215, CA	246

Wigg v. British Railways Board	The Times 4 februari 1986	269
Wigley v. British Vinegars Ltd.	[1964] AC 307	245
Williams v. Devon County Council	[2003] EWCA Civ 365	266
Williams v. Port of Liverpool Stevedoring Co.	[1956] 2 All ER 69	267
Wilsons and Clyde Coal Ltd. v. English	[1937] 3 All ER 628	233, 236,
Wilson v. Tyneside Window Cleaning Co.	[1958] 2 QB 110	239
Winter v. Cardiff Rural District Council	[1950] 1 All ER 819	238
Withers v. Perry Chain Co. Ltd.	[1961] 3 All ER 676	273
Woods v. Durable Suites Ltd.	[1953] 1 WLR 857, 862	248
Wright v. Dunlop Rubber Co. Ltd.	(1972) 13 KIR 225	246

Trefwoordenregister

A

absolute waarborg	82, 163, 234, 290, 292
alledaagse risico's	153, 187, 193
ambtenaar	88
angstschade	106, 273
arbeidsongeschiktheid	64, 206, 208, 215
arbeidsongeval	84, 174, 361
Arbeidsongevallenwet	169, 171, 173, 174, 194
arbeidswegongevallen	194
Arbeidswet	34, 37, 50, 401
art. 7: 658 BW	50, 81
art. 7A: 1638x oud-BW	44, 50
asbest	106, 110, 133, 141, 144, 156, 160, 217, 273, 276
assumption of risk	222

B

bedienden	193
bedrijfsfeest	200, 282, 300, 305, 309, 392
behoorlijke verzekering	295, 298, 301, 304, 306, 308, 310, 415
beroepsziekte	84, 324
beroepsziektenlijst	172, 213, 258, 364, 370, 371
Beroepsziektenwet	172, 209
bewijslastverdeling	123, 190
bewuste roekeloosheid	146

C

causaal verband	123, 313
causaliteitsonzekerheid	311
claimcultuur	231, 329
claims made-polis	340, 341
Commissie Buurmeijer	58
Commissie Donner	60, 287, 330, 349, 367, 368, 385, 388, 403, 418
Commissie Van Rhijn	43, 52, 402
common employment	222, 224
common law	222, 231, 232, 234, 235, 236
contributory negligence	225

D

directe verzekering	376, 378, 385
duty of care	236, 239

E

eigen bijdrage in ziektekosten	359, 367
eigen schuld	146, 186, 266
eigen verantwoordelijkheid	151, 152
Employers' Liability Act	225
Employers' Liability (Compulsory Insurance) Act	249
ervaringsfeit	48, 113, 116, 120, 147, 151, 243
Europese Code inzake sociale zekerheid	344
Extra Garantieregeling Beroepsrisico's (EGB)	348, 349, 367, 388, 418, 420, 422, 423

F

Factories Acts	226
faillissement	161
Fonds voor Arbeidsongevallen	170, 182, 202
Fonds voor de Beroepsziekten	211, 214
functioneel verband	133

G

gemengd systeem	210, 212
gesloten systeem	210
goed werkgeverschap	317

H

Health and Safety at Work Act	254
historische achtergrond	
– in Nederland	28
– in België	167
– in Engeland	221

I

IAO-verdrag 121	344, 350
immateriële schade	99, 139, 205, 269
immunititeit	47, 173, 194, 199, 205, 209, 380, 385
Incapacity benefit	261
Industrial Injury Scheme	256
Instituut Asbestslachtoffers	159

instructieplicht	113, 245
inventarisatie- en evaluatieplicht	241
IVA	76
K	
kenbaarheidseis	105, 107, 110, 111, 320
L	
lijststelsysteem	210
lokaal	92
loss occurrence-polis	340
M	
maatregelen	242
materiaal	248
materiële schade	203, 268
mededelingsplicht	131, 135
morele schade	205, 407
N	
negligence	225
nieuwe beroepsziekten	110, 328
normale weg	196
O	
occupational sick pay scheme	264
omkering bewijslast	51, 127, 135
onderzoeksplicht	107, 240
ongeschreven veiligheidsnormen	108
Ongevallenwet	37, 44, 45, 49, 53, 123, 369, 379
ongevalsrapportage	136
onmiddellijke werking	162
onzekere toedracht	131, 134
open systeem	210, 212
opzet	146, 185
overgangsrecht	62, 161
overmacht	52, 190

P

plotselinge gebeurtenis	178, 188
potentieel gevaar	111
predispositie	104, 179, 188
proportionele aansprakelijkheid	141
psychisch letsel	316
– naar Nederlands recht	99, 139, 316
– naar Belgisch recht	205
– naar Engels recht	269

R

redelijkheidsvereiste	109, 120, 243
registratie van beroepsziekten	371
reïntegratie	64, 355
retroactieve aansprakelijkheid	314
risicoaansprakelijkheid	82, 154, 163, 291, 311, 362
risicoaansprakelijkheid.	363
risk assumption	224, 225
risque professionnel	43, 345, 370, 418
risque social	43, 345, 348

S

schadefonds	374
schuldaansprakelijkheid	82, 163, 286, 292, 296
SER	43, 61, 349, 350, 360, 370, 388, 402, 418, 419, 423
sfeercriterium	134, 135
sluipende schade	315, 338
smartengeld	140
sociaal-economische positie	
van de werkgever	81, 87, 163, 284
sociale vrede	169, 323, 346, 405
Social Security Administration Act	231
Social Security Contributions and	
Benefits Act	231, 256
speciaal element	188
stagiaire	86
statistiek	332
statutory duties	232
statutory law	231, 234, 235, 236
Statutory Sick Pay	260
stelplicht	123
synergetisch effect	103, 144, 259

T

toezichtplicht 113, 245
tort 231

U

uitzendkracht 86, 176

V

veiligheidsdeskundige 113
veiligheidsmaatregelen 117, 122
veiligheidsnormen 121
verjaring
– naar Nederlands recht 107
– naar Belgisch recht 174, 189, 209, 217
– naar Engels recht 276
verkeersongeval 191, 194, 199, 274, 290, 304
verzekeringsplicht 201, 301, 302, 304, 305, 307, 308, 309, 318, 388
vrijwilliger 86

W

waarborgfonds 375
WAO 52, 322
Welzijnswet 183
werkgever 91
werklieden 193
werknemer 86
werkplek 92
wetsvoorstel Verkeersongevallen 294
WGA 72, 352
WIA 57, 62, 78, 163, 323, 326, 334, 344, 349, 350, 351, 352, 354, 355, 356, 358, 360, 366, 367
Workmen's Compensation Act 226

Z

zeeman 89
zeggenschap 81, 87, 88, 94, 95, 96, 97, 98, 99, 131, 163, 240, 242, 283, 284, 292, 299, 307, 309, 319, 363
ZZP'er 86

